حاشية كتاب المكاسب

تأليف

العلامة الفقيه المحقق

السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

المتوفى سنة ١٣٣٧ هـ

المجلد الثالث

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

نشر

دار المصطفى صلى الله عليه وآله لإحياء التراث

٣٥

حاشية

كتاب المكاسب

٣٥

حاشية كتاب المكاسب

تأليف

العلامة الفقيه المحقق

السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

المتوفى سنة ١٣٣٧هـ

المجلد الثالث

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

نشر

دار المصطفى لإحياء التراث

نشر
دار المصطفى ﷺ لإحياء التراث

يطلب من:

لبنان ـ بيروت ـ ص.ب: ١٩٧ / ٢٤ ـ برج البراجنة ـ بعبدة ٠٢٠٢ ٧١٠١ هاتف: ٠٠٩٦١١٥٤٠٦٧٢

سوريا ـ دمشق ـ ص.ب: ٧٣٣ ـ السيدة زينب ـ تلفاكس: ٠٠٩٦٣١١ ٦٤٧٠١٢٤

إيران ـ قم ـ خ سمية ـ ١٦ مترى عباس آباد بلاك ٢٤ هاتف: ٧٧٣٨٨٦٥ ـ فاكس: ٧٧٣٨٨٥٥

البريد الالكتروني INFO@DAR-ALMUSTAFA.NET

الموقع WWW.DAR.ALMUSTAFA.NET

اسم الكتاب: .... جاشية كتاب المكاسب ج٣

تأليف: .... السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

تحقيق: .... الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

نشر وتوزيع: .... دار المصطفى ﷺ لإحياء التراث

العدد: .... ١٢٠٠ نسخة

المطبعة: .... ستاره

الطبعة: .... الأولى ١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

الخامس

خِيَارُ التَّأخِيرِ

الخامس: خيار التأخير

١ ـ **قولهﷺ: (مظنة الضرر ...الخ)**[1].

أقول: مقتضى قاعدة الضرر كفاية تأخير أحد الأمرين من الثمن والمثمن، أما الاول فلضرر الصبر، وأما الثاني فلضرر الضمان، بل لازمها ثبوت الخيار للمشترى أيضاً في بعض الصور، إلا أن يقال: إنّه خرج بالاجماع.

والانصاف عدم كون مدرك الحكم قاعدة الضرر؛ لاعتبارهم في الاعتبار خصوصيات لا تناسب إلا التعبدية من جهة الاخبار والاجماع، وكون القاعدة مخصصة مختصة بالدليل بعيد، فتدبّر.

٢ ـ **قولهﷺ: (كما فهمه في المبسوط ...الخ)**[2].

أقول: يمكن حمل كلام الشيخ أيضاً على نفي اللزوم، فمراده بطلان البيع من حيث لزومه، بقرينة كلامه في سائر كتبه، حيث قال فيها بالخيار، خصوصاً الخلاف[3] الذي نسب فيه الخيار إلى اجماع الفرقة وأخبارهم.

٣ ـ **قولهﷺ: (إلا أنَّ فهم العلماء ...الخ)**[4].

أقول: الانصاف يقتضي ما ذكره صاحب الحدائق، إذ فهم الاصحاب لا يكفي في صرفها عن ظاهرها ما لم يكشف كشفاً قطعياً عن القرينة، وظهور قولهعليه السلام: (لا بيع له)[5] في الاختصاص ليس بحد يكون دليلاً على التخصيص؛ حتى يقتضي ما ذكره المصنّف من إرادة الخيار من جهة عدم قابلية الصحة للتبعيض، بخلاف

---

(١) كتاب المكاسب ٥:٢١٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١٩.
(٣) الخلاف ٢: ٩.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢١٩.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب الخيار، ح ٤.

اللزوم، وعلى فرضه فلا يرفع اليد عنه بما في رواية ابن يقطين (لا بيع بينهما)[1]؛ لا مكان أنْ يقال يصدق النسبة إليهما بلحاظ أحدهما.

ومن ذلك يظهر أنّ قوله (فلا أقل من الشك) ليس في محله؛ إذ لا وجه للشك بعد ظهور الأخبار في البطلان، غاية الأمر حصول الظن من ذهاب المشهور على خلافها، وهذا لا يقتضي الاجمال.

٤ ـ قوله ﷺ: (ليس من قبيل...الخ)[2] .

أقـول: الظاهر كون اللزوم من قبيل الفصل للصحة؛ إذ معناها النـقل والانـتقال وحصول الملكية، ومن المعلوم أنّ اللزوم من أنحاء وجود الملكية، لا أمر آخـر مقارن لها، نظير المنع من الترك بالنسبة إلى الجواز والرجحان، فكما أنّه لا يعقل انشاء الجواز بدون أحد الفصول، فكذا لا يعقل انشاء الملكية بلا لزوم أو جواز.

فالاولى أنْ يقال: إذا شك في قيام فصل آخر مقامه فالعرف يسامح في صدق البقاء وإنْ كان بالدقة العقلية مقطوع الارتفاع، ألا ترى أنهم يحكمون بـالبقاء إذا علموا بقيام فصل آخر، فكذا يصدق عندهم الشك فيه مع الشك فيه.

ثم إنّه يمكن الاستشكال في هذا الاستصحاب بأنّه يحتمل أنْ يكون البطلان من أول العقد، بأنْ يكون التأخير كاشفاً عن عدم الصحة من الاول كما هو ظاهر الاخبار؛ إذ ظاهر قوله (لا بيع له) عدم ذلك البيع الذي صدر منه، أو المبيع لذلك البيع؛ ولذا يفهم من هذه الاخبار كون النماء المتخلل للبائع، كما يفهم كون نماء الثمن للمشتري، وإذا احتمل البطلان من الأول فليس هناك متيقن سابق.

فانْ قلت: يكفي الصحة التعليقية.

قلت: المعلّق عليه القبض في الثلاثة، لا مطلق القبض؛ فلا يمكن بعد الثـلاثة حصول المعلّق عليه، فتدبّر.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب الخيار، ح ٣.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٠.

○ شروط خيار التأخير:

❑ الشرط الأول: عدم قبض المبيع

٥ ـ **قوله**ﷺ: **(لكن في الرياض** ...الخ)[١].

أقول: الانصاف يقتضي ما ذكره؛ إذ الاخبار ظاهرة في كون المدار عدم قبض الثمن، بل عدم مجيئه به سواء[٢] قبض البيع أم لا، خصوصاً إذا قُبِضَ وتُرِكَ عند البائع، ورواية ابن يقطين لا يمكن الاستدلال بها؛ لمكان الاحتمال المذكور في كلام المصنّف، وكون استعمال البيّع بالتشديد[٣] مفرداً نادراً ممنوع، واجراء اصالة عدم التشديد كما ترى؛ لأنهما متباينان، وإجراء أصالة عدم المد أيضاً كذلك، مع أنَّ بين المقامين فرق؛ إذ لفظا البيع والبيّع متباينان قطعاً؛ لاختلاف هيئتهما، بخلاف البكاء مقصوراً وممدوداً؛ إذ الممدود هو المقصور مع زيادة حرف في آخره، هذا.

مع أنَّه على قراءة التخفيف يمكن أنْ يقال: إنَّ قبض المبيع كناية عن اعطاء الثمن؛ لجريان العادة بعدم الأخذ إلا بعد قبض المبيع.

٦ ـ **قوله**ﷺ: **(فالظاهر عدم الخيار** ...الخ)[٤].

أقول: بل ينبغي القطع به؛ لانَّ المدار في الأخبار على عدم مجيئه بالثمن، فمع بذله لا خيار وإنْ لم يقبضه البائع.

٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وجوه رابعها** ...الخ)[٥].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٠.
(٢) ما اثبناه هو الصحيح، وفي الاصل (سواة).
(٣) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «التسديد».
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٢١.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٢١.

أقول: لو كان المدرك في اشتراط عدم قبض المبيع قوله (فان قبض بيعه)[١] في رواية ابن يقطين فالأقوى سقوط الخيار؛ لصدق القبض.

وكون المدار على رفع الضمان ممنوع؛ إذ الحكم تعبدي، وليس من جهة قاعدة الضرر، وعلى فرض الاعتماد عليها أيضاً نقول إنَّ مجرد رفع الضمان لا يكفي في سقوط الخيار؛ لبقاء الضرر بعد.

وما ذكره المصنّف من حكاية المقاصة فيه منع جوازها بمجرد التأخير هـذا المقدار، مع عدم الامتناع من الاعطاء؛ إذ موردها صورة امتناع من عليه الحق عن الاداء، وعلى فرض جريانها فاللازم عدم الخيار أصلاً؛ لامكان دفع الضمان أيضاً بالمقاصة.

والحاصل: أنَّ الضمان وعدمه ليس مناطاً في المطلب ولو على قاعدة الضرر؛ إذ ضرر الصبر أيضاً ضرر، والمقاصة وإنْ كانت رافعة لهذا الضرر فهي رافعة لضرر الضمان أيضاً.

٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو مكّن المشتري** ...الخ)[٢].

أقول: الأقوى عدم كفاية التمكين في سقوط الخيار ولو قلنا بارتفاع الضمان؛ لأنَّ المدار صدق قبض المبيع بناءً على دلالة رواية ابن يقطين على ذلك كما هو المفروض.

٩ ـ **قوله**ﷺ: **(وربما يستظهر** ...الخ)[٣].

أقول: المستظهر صاحب الجواهر[٤]، واستظهاره في محله؛ لأنَّ الترك عند البائع أعم من صورة التمكين وعدمه، فيقتضي عموم الحكم، ولا وجـه لحـمله عـلى خصوص صورة عدم التمكين، بل يمكن دعوى شموله لما إذا قبضه ثم تركه عند البائع حتى يجيء بالثمن.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب الخيار، ح ٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٢.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٥٣.

١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(وجوه ...الخ)**[١].

أقول: **أقواها الأول**؛ لأن ظاهر قوله (فانْ قبض بيعه)[٢] قبض تمام المبيع، فما لم يقبض التمام لا لزوم؛ لكونه معلّقاً على قبض التمام، فتدبّر.

❑ الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن

١١ ـ **قوله**ﷺ: **(وفيه نظر ...الخ)**[٣].

أقول: لعدم حجية فهم أبي بكر، مضافاً إلى ضعف الرواية فلا تصلح للاستدلال.

١٢ ـ **قوله**ﷺ: **(لظهور الاخبار في اشتراط ...الخ)**[٤].

أقول: بل قد عرفت أنَّ المدار في الاخبار على مجيئه بالثمن، ولا يصدق في المفروض، إلا أن يقال إنَّ اتيانه طريق إلى الأصول[٥]، والمدار كونه تحت يد البائع؛ ولذا لو فرض كونه مقبوضاً له قبل ذلك أو في ذمته لا يحتاج إلى شيء آخر من إذن أو غيره، ولا أقل من الشك، والاصل اللزوم.

وأما دعوى بقاء الضرر بضمان المبيع فقد عرفت عدم كون المدرك قاعدة الضرر، وإلا فهي جارية حتى بعد قبض الثمن بالاذن أيضاً.

١٣ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمل ...الخ)**[٦].

أقول: لعل وجهه أنَّ الوجه المذكور لا يقتني[٧] التعبير بما ذكر؛ خصوصاً إذا كان موهماً لخلاف المقصود، بل كان يمكنهم أنْ يقولوا إذا لم يقبض البائع المبيع، وإلا أقبضه المشتري الثمن.

فالأولى أنْ يقال: في الجواب أنَّ التعبير المذكور لا يدل على أنَّ مجرد الوصول

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب الخيار، ح ٣.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٢.
(٥) هكذا في الاصل والظاهر أنها «الوصول».
(٦) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٣.
(٧) هكذا في الاصل، والظاهر أنها «لا ينبغي» أو «لا يقتضي».

كافٍ؛ لأنَّ المتبادر من القبض في كلامهم ما كان بالاذن، فتأمل.

١٤ ـ قوله ﷺ: **(أقواهما الثاني** ...الخ)[١].

أقول: والمسألة متفرّعة على الاجازة في الفضولي، والحق هناك الكشف؛ لأنها رضاً بذلك الأمر السابق.

والأولى أنْ يقال: وإنْ قلنا بكونها كاشفة إلا أنَّ الحكم معلّق على موضوع، هو عدم المجيء بالثمن، وهو صادق؛ إذ على الكشف أيضاً يحكم[٢]، إلا أنْ يتحقق القبض سابقاً، وإلا فالقبض غير متحقق بناءً على اشتراط الاذن فيه.

نعم، لو قلنا مقتضى القاعدة كفاية مطلق القبض خرج به ما لم يرضَ به بالمرة، فالقبض المصاحب للرضا ولو لاحقاً داخل تحت لاطلاق كان له وجه.

ثم يمكن أن يقال : إنَّ قبض البائع للثمن رضاً منه بالبيع والالتزام به، غاية الأمر أنَّه لو كان باطلاً لا يكفي؛ لأنَّه كلا قبض، وأما مع لحوق الرضا والحكم بالصحة فيؤثر أثره، فلو قلنابالنقل أيضاً نقول بعدم الخيار، فتدبّر.

فتحصّل أنَّ الموضوع إنْ كان هو الاقباض في الثلاث حساً فغير متحقق ولو على الكشف، وإنْ كان وصول الثمن إليه مع الرضا فهو متحقق، ولو على النقل، ولا دليل على اعتبار مقارنة الرضا، فالابتناء على الكشف والنقل في الفرع المذكور غير تمام، فتدبّر.

واعلم أنَّه لو قبض في الثلاثة فبان الفرد المدفوع مستحقاً للغير لا يكفي في سقوط الخيار؛ إذ هو كلا قبض حقيقة.

وأما لو قبضه فبان معيباً فلا خيار؛ لأنَّه قبضٌ حقيقةً، نعم له خيار العيب، ولو فسخ للعيب أيضاً لا يرتفع حكم القبض، فلا يكشف عن خيار التأخير أيضاً، والثمرة تظهر فيما لو أسقط خيار التأخير أو صالح عنه قبل الفسخ للعيب ثم فسخ، فبناءً على ما ذكرنا يبطل اسقاطه وصلحه؛ لعدم الخيار حينئذٍ، ولو قلنا إنَّ الفسخ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٣.

(٢) هكذا في الاصل.

يوجب كون القبض كلا قبض يكشف عن صحة الاسقاط والصلح، هذا إذا كان الثمن شخصياً.

وأما إذا كان كلياً وكان الفرد المدفوع معيباً ففسخ الوفاء فالظاهر أنّه كلا قبض إذا كان ذلك في اثناء الثلاثة، وإذا كان بعده فلا؛ لأنّ الفسخ يؤثر من حينه، فيصدق كون الثمن مقبوضاً في الثلاثة، ويحتمل كون الفسخ في الثلاثة أيضاً كذلك؛ لأنّ الفرد المدفوع أوجب صدق القبض، والبطلان إنّما هو من حينه، وهذا هو الأقوى.

ودعوى أنّ الظاهر من القبض المستقر أو ما بحكمه مدفوعة بمنع ذلك؛ ألا ترى أنّه لو أقبضه الثمن ثم غصبه منه يكفي في سقوط الخيار، فتدبّر.

❑ الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير أحد العوضين

١٥ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنّه في الجملة إجماعي ...الخ)**[1].

أقول: وأيضاً أنّ ظاهر الاخبار كون ابتداء الأجل من حين العقد، ولازم التعميم جعل ابتداءه من حين انقضاء الأجل، وعلى هذا لا فرق بين كون الأجل قصيراً أو طويلاً، بل ولو كان ساعة، إلا أنْ يُدّعى أنّ مثل الساعة لا يعتنى بها، ويكون كما لا أجل له، ويجعل ابتداء المدة من حين العقد، فتدبّر.

هذا ولو كان لبعض أحد العوضين أجله دون البعض الآخر فهل لكل حكمه أم يسقط الخيار مطلقاً؟ وجهان: حكي الثاني عن العلامة[2] وولده، وقواه في الجواهر[3]، والأقوى الأول ؛ لشمول الاخبار؛ إذ غاية الأمر أنّ البعض الذي لا أجل له بمنزلة المقبوض، وقد عرفت سابقاً أنّ قبض البعض لا يكفي في نفي الخيار.

❑ الشرط الرابع: أنْ يكون المبيع عيناً أو شبهها

١٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وكيف كان فالتأمل في أدلة المسألة ...الخ)**[4].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٣.
(٢) حكاه عنهما في الجواهر ٢٣: ٥٤.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٥٤.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٨.

أقول: الانصاف يقتضي التعميم، وليس في الفتاوى ولا الادلة ما يقتضي الاختصاص.

أما الأول فلمنع الاستظهارات التي ذكرها في الاختصاص، وعلى فرض ظهورها غايته السكوت عن حال الكلي؛ فلا دلالة فيها على أنّ الحكم خاص بالشخصي؛ لأنهم ليسوا بصدد بيان هذا المطلب، بل قد عرفت أنّه نسب إلى الأكثر التعميم، وأيضاً الشهيد[١] نسب الخلاف إلى الشيخ فقط، وعلى فرض إرادتهم التخصيص فليس بالغاً حد الاجماع، غايته كونه اجماعاً منقولاً، ولا اعتبار به.

بل قال في الجواهر ـ بعد ما أسند اشتراط التعيين إلى جماعة ـ (خلافاً لاطلاق الأكثر وصريح المحكي عن القاضي، بل عنه الاحتجاج بالاجماع، فهو مع اطلاق معقد غيره وعموم النصوص الحجة في الخروج عن الاصل)[٢] انتهى.

ومع هذا كيف يمكن دعوى الاجماع، أو الاعتماد على الاجماع المنقول الموهون بما ذكر، خصوصاً مع دعوى القاضي الاجماع على خلافه، وإنْ قال المصنّف ﷺ (أظن الغلط في تلك النسخة، وأنّ النسخة الصحيحة تقتضي الاجماع على التعيين).

وأما الثاني فلأن ما ذكره من اختصاص قاعدة الضرر ممنوع؛ إذ على فرض كونها دليلاً نقول يكفي في لزوم الضرر ضرر الصبر عن الثمن، وإنْ لم يكن ضماناً.

وأما روايتا ابن يقطين وابن عمار فهما أعم من الكلي والشخصي؛ إذ البيع ـ بمعنى المبيع ـ يصدق على الكلي أيضاً، وكذا رواية زرارة، فانّ المتاع أيضاً يطلق على الكلي، وعلى فرض الاختصاص بالشخصي غايته عدم كونه دليلاً على التعميم، ولا يضرنا.

وأما رواية أبي بكر فشمولها للقسمين واضح، ودعوى عدم اطلاق الشيء على

---

(١) مسالك الافهام ٣: ٢٠٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٥٥.

الكلي كما ترى.

وأما ما ذكره من أنَّ إرادة خصوص الشخصي من لفظ «الشيء» ـ بناءً على تسليم كونه أعم ـ ليس بحيث يحتاج إلى قرينة، فيمكن دعوى إرادة خصوص هذا، ولا يمكن نفيه باصالة عدم القرينة، كما في المجاز المشهور حيث لا يمكن نفي ارادة الحقيقة[1]، والمطلق المنصرف إلى بعض أفراده، أو المطلق باصالة العدم لعدم احتياجها إلى القرينة.

ففيه: أنا ندعي ظهوره في الأعم، ومجرد عدم حاجة إرادة الخاص إلى ذكر القرينة لا يكفي في رفع اليد عن العموم؛ إذ لا نسلّم أنَّ العموم من باب اصل عدم القرينة، بل المدار فيه على ظهور اللفظ في الأعم، ولو لم يحتج ارادة الخاص إلى قرينة، أو احتاجت ولم تجرِ أصالة عدمها.

❑ أمور أخرى قيل باعتبارها

١٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وفيه بعد تسليم ...الخ)**[2].

أقول: سيأتي من المصنّف[3] في أحكام الخيارات منع هذا الحكم؛ لمنافاته لقاعدة السلطنة، نعم يمكن تتميمه بناءً على كون الخيار حقاً ثابتاً في العين، لا في العقد، ولازمه منع غير ذي الخيار عن التصرف أيضاً لمنافاته لحقه، وسيأتي[4] إنْ شاء الله أنَّ الخيار إنَّما هو حق في العقد، ولا يحدث من قبله حق في العين، فلا وجه له؛ لعدم وجوب التسليم عليه.

مع أنَّه لو سلّمنا كونه حقاً في العين يمكن أنْ يقال إنَّه لا يمنع من وجوب التسليم؛ لأنَّها ملك للآخر، ويمكن الجمع بين الحقين بالزامه بأحد الأمرين من التسليم أو الفسخ، فتأمل.

---

(١) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «الحقيقية».
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٨٧.
(٤) تعليقة ٦٩٧.

١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(وتسليم انصراف الاخبار** ...الخ)(١).

أقول: لا يبعد دعوى الانصراف، وهو السر في عدم ثبوت الخيار إذا كان الثمن مؤجلاً؛ لأنَّ تأخيره حينئذٍ بحق؛ ولذا لا يثبت أيضاً إذا كان عدم اقباضه من جهة امتناع البائع من تسليم العين.

فانْ قلت: فعلى هذا لو كان تأخيره من جهة عدم وجدانه، أو لعدم امكان اقباضه يلزم عدم الخيار؛ لأنَّ التأخير حينئذٍ بحق، وكذا إذا كان من باب المقاصّة عما على البائع من دين أو غيره، مع أنَّ الظاهر ثبوت الخيار لصدق التأخير، وعدم الانصراف.

قلت: مرادنا من كون التأخير حقاً أو بغير حق إنَّما هو من تلك الحيثية، أي حيثية وجوب تسليمه في حد نفسه لا مطلقاً، فالتأخير في هذه الصور بغير حق من حيث المعاملة، وإنْ كان جائزاً من جهة أُخرى، فتدبّر.

١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق** ...الخ)(٢).

أقول: يمكن منع اللزوم بعد كون الظاهر من الاخبار كون المبدء من حين العقد؛ لأنَّ مقدار بقاء المجلس مغتفر، وإلا لزم ـ على هذا القول ـ سقوط هذا الخيار في غالب البيوع؛ لمكان وجود خيار المجلس.

والحاصل: أنَّ خيار المجلس لما كان ملازماً لغالب أفراد البيع فاطلاق الاخبار يدفع مانعيته، ويدل على أنَّ عدم الحقية فيما بعد التفرق من بقية المدة كافٍ في الخيار، وهذا بخلاف خيار الحيوان والشرط.

٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(إلا أنْ يراد** ...الخ)(٣).

أقول: لا يخفى أنَّ الغرض دفع الاشكال الوارد على التوجيه المذكور من جهة خيار الحيوان، وهذا لا يدفعه؛ إذ مقتضى التوجيه المذكور عدم جريان خيار

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٢٩.

التأخير في بيع الحيوان، مع أنّه جارٍ فيه حتى عند العلامة، فقوله (إلا أنْ يراد ...الخ) لا يرتبط بما قبله، فتدبّر.

والاولى الجواب عن الاشكال المذكور: بأنّ التوجيه إنّما يتم في خصوص خيار الشرط؛ إذ هو الذي يمكن أنْ يقال إنّه بمنزلة تأجيل أحد العوضين، بخلاف غيره من الخيارات التعبدية التي اثبتها الشارع تعبداً فانّها لا ترجع إلى اشتراط التأجيل، فالتأخير فيها ليس بحق وإنْ كان جائزاً شرعاً؛ إذ المراد من التأخير بالحق ـ كما عرفت ـ أنْ يكون بمقتضى المعاوضة ومن حيثيتها من جهة أخرى، فتدبّر.

٢١ ـ **قوله**ﷺ: **(ولدلالة النص** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفى أنّ مقتضى هذا الدليل عدم الخيار بعد الثلاثة إذا كان الخيار ثابتاً في الثلاثة، ومقتضى الدليل الاول عدم الخيار حين ثبوت خيار آخر بعد الثلاثة؛ إذ هو زمان الخيار، فليسا واردين على محل واحد، ومن ذلك يظهر أنّه لا وجه لما ذكره المصنّف رداً عليه؛ من أنّ ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار في الثلاثة؛ إذ الدليل الاول لم يكن ناظراً إلى صورة كون الخيار في الثلاثة.

٢٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا تقييد الحكم بالسبب** ...الخ)[٢].

أقول: يعني أنّ التأخير سبب لمطلق الخيار، لا للخيار الجائي من قبل التأخير، فلا بدّ أنْ يكون هناك إلا اللزوم في الثلاثة[٣]، وإلا لزم أنْ يكون التأخير سبباً لخيار خاص، وهو خيار التأخير.

٢٣ ـ **قوله**ﷺ: **(وأمّا ما ذكره من عدم** ...الخ)[٤].

أقول: الوجه في عدم منعه ما ذكره المصنّف أنّ عدم تقيد الحكم بالسبب لا يقتضي انحصار السبب في التأخير، فلا ينافي وجود سبب آخر أيضاً للخيار قبل

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٠.
(٣) لا يخفى ما في العبارة.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٠.

هذا السبب، ولازم هذا كون اللزوم في الثلاثة المستفاد من النص والفتوى هو اللزوم من جهة التأخير وبلحاظه هذا.

مع أنَّ التقيد القهري حاصل البتة، كيف ؟ وكل سبب إنَّما يقتضي مسبباً خاصاً به، لكن هذا غير الانحصار الذي يقتضي ما ذكره المفصّل، فتدبّر.

ثم إنَّ لازم ما ذكره هذا المفصّل عدم تحقق خيار مسبوق بخيار آخر إذا كان مدركه نصاً مثل المقام، وأيضاً لازمه عدم اجتماع خيارين في زمان واحد في سائر المقامات أيضاً؛ لأنَّ دليل كل[1] يقتضي اللزوم لولاه، والظاهر عدم التزامه به.

إلا أنْ يقال: إنَّه يقول في صورة تعدد السبب بالنسبة إلى زمان واحد بأنَّ السبب هو المجموع، وفي صورة الترتب كما في المقام بعدم تأثير السبب الثاني كما التزمه.

ثم إنَّ ما ذكره لو تمَّ لا يدل على نفي الخيار، إلا إذا كان قبله خيار آخر متصل به، فلا ينفي الخيار إذا كان منفصلاً عنه مثل خيار المجلس المنقضي قبل الثلاثة؛ إذ حينئذٍ يكون البيع لازماً قبل حدوث هذا الخيار، ولا دلالة في النص على أزيد من أنْ يكون البيع لازماً قبله.

٢٤ ـ قولهﷺ: **(وعلى تقديره فيمكن ...الخ)**[2].

أقول: وأيضاً قد عرفت عدم منع الخيار في الثلاثة من هذا الخيار، ودعوى أنَّ هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس قد عرفت منعها.

٢٥ ـ قولهﷺ: **(ولا دلالة فيه ...الخ)**[3].

أقول: يعني أنَّ ظاهرها غير معمول به، من جهة اقتضائها كفاية عدم اقباض الثمن وإنْ قبض المبيع، مع أنك عرفت اشتراط عدم قبضه أيضاً.

أقول: هذا يؤيد ما ذكرنا من تقوية عدم اشتراطه هذا، وأما حملها على صورة

---

(١) هكذا في الاصل، والظاهر أنها «كل دليل يقتضي».
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣١.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٣١.

الاشتراط إلى شهر ففي غاية البعد، نعم لا بأس بحملها على الاستحباب، هذا مع أنها شاذة كما عن الدروس[١]، ضعيفة السند كما عن المختلف[٢]، وإنَّ قال في الجواهر[٣] أنَّه نقي السند واضح الدلالة مؤيدة باصل اللزوم، لكنه قال (ان شذوذها وغرابة اختصاص الامة بهذا الحكم، ولزوم الضرر بطول المدة يمنع من تخصيص العمومات بها، فالعمل على المشهور، وحملها على بيان منتهى الصبر طريق الجمع)[٤] انتهى.

ثم إنَّ صاحب الجواهر ذكر لهذا الخيار شرطاً آخر، وهو أن لا يكون المبيع ممن ينعتق على المشتري؛ لأنَّ دليل الانعتاق يعارض دليل الخيار، وإذا فرض ترجيحه عليه فلا يبقى وجه للخيار، وليس هذا كالتلف والتصرف اللذين لا ينافيانه، فيرجع فيهما بعد الفسخ إلى المثل أو القيمة، بخلاف المقام فانَّه لا يمكنه ارجاع المبيع لمنافاته للانعتاق.

قلت: تمام الكلام قد مضى في خيار المجلس[٥].

٢٦ ـ قولهﷺ: (من ظهور قوله فانَّ ...الخ)[٦].

أقول: وأيضاً من دعوى انصراف الاخبار إلى كون التأخير بغير حق، ومقدار المجلس بكون التأخير فيه حقاً، فلا بدَّ من جعل الابتداء بعد التفرّق، لكنك عرفت رفع هذه الدعوى سابقاً.

٢٧ ـ قولهﷺ: (وهذا هو الأقوى ...الخ)[٧].

أقول: هو كذلك وفاقاً لصاحب الجواهر[٨] أيضاً، خلافاً لما نسبه[٩] إلى المبسوط

---

(١) الدروس الشرعية ٣: ٢٢٨.
(٢) مختلف الشيعة ٥: ٧٠.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٥٦.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٥٦.
(٥) تعليقة ٥٤٤ وما بعدها.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٢.
(٧) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٢.
(٨) جواهر الكلام ٢٣: ٥٦.
(٩) نسبه لهم الجواهر ٢٣: ٥٦.

والشيخين والسيدين والقاضي والديلمى والحلي والمختلف والتحرير.

ثم لو فرض عدم ثبوت خيار المجلس باسقاط أو شرط سقوط أو نحو ذلك فلا ينبغي التأمل في جعل المبدء من حين العقد، واحتمل في الجواهر[1] جعله من حين التفرّق أيضاً، وهو لازم ما ذكره المصنّف وجهاً لهذا القول من دعوى ظهور قوله (فان جاء ...الخ) في كون مدة الغيبة ثلاثة.

لكن فيه ما لا يخفى؛ إذ لو كان المستفاد هذا لزم جعل المبدء من حين صدق الغيبة وإنْ كان بعد التفرّق بمدة؛ إذ التفرّق الذي هو غاية خيار المجلس لا يستلزم الغيبة، ومن ذلك يظهر أنّ ما ذكرنا في وجه هذا القول من دعوى الانصراف أولى مما ذكره المصنّف وإنْ لم يكن تماماً أيضاً.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٥٧.

مسقطات خيار التأخير

❑ المسقط الأول: اسقاطه بعد الثلاثة

٢٨ ـ **قوله**ﷺ: **(من أنَّ السبب فيه الضرر ...الخ)**[١].

أقول: يعني أنّه يكون من باب اسقاط ما لم يجب.

٢٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ومن أنَّ العقد ...الخ)**[٢].

أقول: هذا إنّما يتم إذا كان مراده اسقاط هذا المقدار من الحق الثاني، وإلا فلو أراد اسقاط الخيار الفعلي فلا وجه له لعدم تحققه، والحق جواز اسقاط الخيار في محله؛ بأنْ يكون المنشأ سقوطه بعد الثلاثة، وليس من باب اسقاط ما لم يجب؛ إذ لا دليل على وجوب كون المسقط متحققاً حين انشاء الاسقاط.

إلا أنْ يقال: إنّه حينئذٍ يرجع إلى التعليق، وفيه أنّه لا دليل على بطلان مثل هذا التعليق؛ لأنَّ العمدة في دليله الاجماع المفقود في المقام، نعم الظاهر تحققه فيما لو انشأ قبل البيع سقوط الخيار بعده، فانّه وإنْ كان معقولاً إلا أنَّ الاجماع قائم على بطلانه.

❑ المسقط الثاني: اشتراط سقوطه

٣٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ويشكل على عدم ...الخ)**[٣].

أقول: هذا إنّما يتوجه إذا قلنا بعدم معقولية الاسقاط، وإذا قلنا بعدم جوازه تعبداً أو لعدم الدليل فلا، لأنّه لا مانع حينئذٍ من العمل بعموم أدلة الشروط، ولا يعتبر فيها أزيد من معقولية السقوط، فعدم القابلية الشرعية من جهة عدم الدليل لا يضر

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٣.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٤.

في الشرط، ولا يصير من الشرط المشرّع كما لا يخفى.

❑ المسقط الثالث: بذل المشتري الثمن

٣١ ـ **قوله**ﷺ: **(وهو حسن لو استند** ...الخ)[1].

أقول: الانصاف أنّه لا حاجة مع التمسك للخيار بالاخبار إلى الاستصحاب؛ لأنّها مطلقة في نفي البيع المحمول على الخيار؛ لأنّ مفادها أنّه لم يجيء بالثمن في الثلاثة فلا بيع له سواء جاء به بعدها أو لا، فلا تغفل.

٣٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وأما إذا استند فيه** ...الخ)[2].

أقول: يمكن أنْ يكون مراده نفي الخيار من الاصل بناءً على الاستناد إلى القاعدة؛ لأنّ المفروض عدم فسخه حال تضرره، وهو الزمان السابق، والفسخ حال بذل الثمن لا يدفع الضرر، لا الماضي ولا الآتي على ما بيّن، ففي الصورة المفروضة لا فائدة في رفع اللزوم، وحينئذٍ فالوجه في عدم جريان الاستصحاب عدم الحالة السابقة.

فانْ قلت: لا معنى لعدم الخيار سابقاً على البذل بعد فرض لزوم الضرر، ومجرد عدم الأخذ به وعدم وفسخه لا يمنع من ثبوت الخيار.

قلت: إذا بنينا على أنّ القاعدة إنّما تقتضي نفي الحكم في مورد ينفع نفيه في ارتفاع الضرر، فلازمه عدم جريانها في المقام أصلاً، كما في مسألة الوضوء الضرري إذا كان جاهلاً؛ لأنّ نفي الضرر لا يوجب عدم الوقوع فيه؛ لأنّه يقع فيه بمقتضى جهله بالضرر على ما ذكره المصنّف في قاعدة الضرر.

وبتقرير آخر الضرر السابق قد أقدم عليه بترك الفسخ، وفي اللاحق لا ضرر لمكان بذل الثمن.

ويمكن أنْ يكون مراده نفي الخيار في خصوص زمان البذل، فيكون البيع لازماً بعد الخيار؛ لعدم وجود مقتضيه لاحقاً، ويكون الوجه في عدم جريان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٤.

الاستصحاب عدم الشك؛ لأنَّ الحكم دائر مدار الضرر، ففي السابق لما كان متحققاً كان الخيار موجوداً، وبعد البذل يرتفع فيرتفع الخيار أيضاً، هذا.

ومع الاغماض عن ذلك نقول الموضوع غير محرز لاحتمال كونه هو المتضرر فعلاً، لا من تضرر ولو سابقاً، هذا.

ولكن الوجه الأول فاسد؛ لأنَّه لا مانع من تحقق الخيار في السابق؛ لأنَّ موضوعه ـ وهو الضرر ـ كان حاصلاً، ومجرد عدم الأخذ به لا ينفع في عدمه، ولا يُعدُّ من قبيل الاقدام على الضرر.

وما ذكره المصنّف في مسألة الجهل بالضرر ممنوع أولاً، ولا دخل له بالمقام ثانياً، فتأمل.

مع أنَّ لازم الوجه المذكور أنْ يكون الخيار تابعاً للفسخ، بمعنى أنَّه إنْ فسخ ثبت الخيار له، وإنْ لم يفسخ يكشف عن عدمه.

وأما الوجه الثاني فيرد عليه أيضاً منع دلالة حديث نفي الضرر على الدوام، وأنَّ غاية الأمر إذا ارتفع الضرر لا تجري القاعدة، بمعنى أنَّ الخبر ساكت عن حاله، وهذا غير ما هو المقصود من الدلالة على العدم.

وأما دعوى الشك في الموضوع ـ على فرض عدم الدلالة على العدم ـ فمدفوعة بأنَّ الموضوع إنَّما يشخص بالعرف، وهم يجعلون الموضوع في المقام نفس البائع المتضرر، والضرر عندهم علة محدثة للحكم كالتغيّر في الماء المتغير، فانَّ الموضوع للنجاسة نفس الماء لا المتغير بوصف أنَّه متغير، ولذا لو حكم ببقاء الخيار في المقام وببقاء النجاسة بعد زوال التغير في مسألة الماء لا يُعدُّ عندهم اثباتاً لحكم جديد في موضوع جديد.

وبتقرير آخر المدار في جريان الاستصحاب أنْ يكون القضية المتيقنة هي القضية المشكوكة، والامر كذلك في المقام.

فانْ قلت: معنى قولهﷺ (لا ضرر) أنَّ الحكم الضرري مرفوع، فكأنه قال «اللزوم الضرري مرفوع»، وهذا في قوة قوله «المتضرر له الخيار»، والمفروض أنَّه

في الزمان اللاحق لا يصدق عليه المتضرر، فيلزم من الاستصحاب اثبات الحكم الثابت لموضوع ـ هو المتضرر ـ لموضوع آخر، وهو غير المتضرر.

قلت: قولنا المتضرر له الخيار، والمتغير نجس، يرد على وجهين:

أحدهما: أنْ يكون المراد منه المتضرر ما دام متضرراً، والمتغير ما دام متغيراً، وحينئذٍ لا يحتاج إلى بيان الغاية؛ إذ هي ملحوظة في اعتبار المادامية.

الثاني: أنْ يكون المراد منه ما تلبس بالضرر أو التغيّر، وحينئذٍ يحتاج إلى بيان الغاية، بأنْ يقال إلى ساعة أو إلى أنْ يزول الضرر أو التغيّر.

والظاهر من القضية هو الوجه الثاني؛ إذ اعتبار المادامية اعتبار زائد، كما أنَّ بيان الغاية اعتبار زائد، فالمستفاد من القضية القدر المشترك بين ما يقبل التقييد بقولنا ما دام كذا، وما يقبل التقييد إلى زمان كذا، وعلى هذا فالموضوع ليس إلا المتصف بالوصف بمعنى المتلبس به، والقضية ساكتة عن تقيد الحكم بأحد القيدين، فاذا حكمنا ببقاء الحكم في الزمان الثاني لا يكون اثباتاً للحكم في موضوع آخر ولو لم يكن الوصف متحققاً فيه بالفعل.

ولا ينافي ما ذكرنا كون القضية ظاهرة في المتصف بالوصف العنواني فعلاً؛ لأنَّ اللازم من فعليته ليس أزيد من تلبس الموصوف به، في مقابل شأنية التلبس، ألا ترى أنك تقول «الزاني لا يدخل الجنة أو يجب اهانته» أو نحو ذلك، مع أنَّه لا يلزم بقاء الصفة إلى حين الحكم، وعلى هذا فقولنا «الفاسق لا يستحق الاكرام»، أو «العالم واجب الاكرام» حيث يفهم منهما ما دام فاسقاً أو عالماً إنَّما هو من باب القرينة الخارجية.

ومما ذكرنا ظهر عدم الحاجة إلى ما ذكرنا أولاً من أنَّ طريق تشخيص الموضوع هو العرف، وهم يجعلون الوصف علة محدثة، وأنَّ الموضوع عندهم هو الشخص، وأنَّه بناءً على جعل الوصف عنواناً أيضاً يصح الاستصحاب.

ومحصله: أنَّه يستفاد من القضية القدر المشترك بين الاعتبارين السابقين، ولازمه كون الموضوع مجرد من تلبس بالوصف من غير اعتبار أمر زائد من قيد

المادامية، فتدبّر.

٣٣ ـ قوله ﷺ: (ولا يبعد دعوى انصراف ...الخ)[١].

أقول: هذه الدعوى ممنوعة؛ إذ لا إشارة فيها إلى الضرر، فضلاً عن جعل الحكم تابعاً له وجوداً وعدماً، بل قد عرفت أنَّ مقتضى اطلاقها ثبوت الخيار بعد البذل أيضاً، من غير حاجة إلى اجراء الاستصحاب.

❑ المسقط الرابع: أخذ الثمن من المشتري

٣٤ ـ قوله ﷺ: (الرابع: أخذ ...الخ)[٢].

أقول: بناءً على كون الاسقاط في هذه الصورة من باب دلالة الأخذ على الالتزام علماً أو ظناً أو نوعاً لا يكون قسماً آخر، بل داخل في الاول؛ إذ الاسقاط أعم من أنْ يكون بالقول أو بالفعل، ولذا لو فرض كون المأخوذ مستحقاً للغير أيضاً يكفي في لزوم البيع، وإنْ كان باطلاً؛ لأنّه بأخذه له على وجه الثمنية كأنه أنشأ اسقاط الخيار، فهو نظير البيع بقصد فسخ المعاملة إذا بان باطلاً، فانّه يوجب انفساخ المعاملة السابقة.

نعم، يتم جعله قسماً آخر إذا قلنا إنَّ نفس الأخذ التزام قهري ولو لم يكن قاصداً للاسقاط، ولازمه عدم التأثير فيما لو بان مستحقاً للغير، لأنه ليس أخذاً للثمن واقعاً، نظير بيع العين الموصى بها، فانّه مبطل قهري للوصية ولو لم يكن ملتفتاً إليها، وإذا بان كونه باطلاً لا يوجب الابطال أيضاً، لكن لا دليل على كونه مسقطاً على هذا الوجه؛ إذ لا منافاة بين الأخذ وبقاء الخيار، بخلاف مسألة الوصية فانَّ صحة البيع منافية لبقاء الوصية ؛ إذ العين تخرج عن ملكه بالبيع الذي يجوز له بمقتضى قاعدة السلطنة ولو كان مسبوقاً بالوصية؛ إذ هي لا توجب خروج العين عن ملكه، فلا مانع من البيع، ولازمه بطلان الوصية لفوات الموضوع لها.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٥.

٣٥ ـ قولهﷺ: **(لكن الأقوى الأخير** ...الخ)[١].

أقول: هو كذلك في صورة الالتفات إلى الحكم والموضوع؛ لأنّه كاشف عن الاسقاط حينئذٍ فعلاً، بمعنى أنَّ كشفه فعلي وإنْ لم يحصل الظن الفعلي بارادة الاسقاط؛ فيكون من قبيل قوله «أسقطت الخيار» ـ إذا لم يحصل منه الظن المانع ـ فانّه معتبر بناءً على ما هو المختار من اعتبار الظواهر مطلقاً.

٣٦ ـ قولهﷺ: **(وفيه: أنَّ سبب الخيار** ...الخ)[٢].

أقول: الانصاف أنَّ مطالبة الثمن في الدلالة على الرضا بالبيع نظير أخذ الثمن، فيكون اسقاطاً فعلياً، وعدم دفعه الضرر المستقبل لا ينافي ذلك، فانَّ الدلالة على الالتزام والكشف عنه لا يدوران مدار دفع الضرر وعدمه، فلا فرق بين الأخذ والمطالبة من هذه الحيثية، نعم لو حكمنا بالسقوط من باب الالتزام القهري ـ لا من حيثية الكشف عن إرادة الاسقاط ـ تمّ الفرق بينهما.

٣٧ ـ قولهﷺ: **(ليس إلا دفع الضرر المستقبل** ...الخ)[٣].

أقول: هذا ممنوع، فانَّ اسقاط الضرر السابق أيضاً اسقاط للخيار؛ لأنّه كان سبباً فيه، والمطالبة بالثمن في معنى اسقاطه، ولا يمكن الجمع بين اسقاطه وابقاء المستقبل، فلا فرق بين المقام وسائر الخيارات، فكما أنَّ فيها يكون الخيار ثابتاً بالعقد، ويسقط بمطالبة الثمن، فكذا في المقام، فيكون ثابتاً بالضرر السابق فيسقط بها، إلا أنْ يقال بمنع ثبوته سابقاً أيضاً كما احتملنا حمل كلامه سابقاً عليه[٤].

٣٨ ـ قولهﷺ: **(لعدم كونه تصرفاً** ...الخ)[٥].

أقول: لا يلزم أنْ يكون الدال على الاسقاط تصرفاً، بل يكفي فيه كل دال من فعل وقول.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٥.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٦.
(٤) تعليقة ٣٢.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٦.

❑ هل هو على الفور أو التراخي

٣٩ ـ **قوله**ﭤ: **(فتأمل** ...الخ)[١].

أقول: لعله إشارة إلى أنّه إذا بنينا على انصراف الاخبار المتواترة إلى صورة التضرر فعلاً كما ذكره آنفاً فيكون الاخبار منطبقة على قاعدة الضرر، فلا تشمل ما إذا كان الضرر باختياره، بأنْ لم يفسخ فيما بعد الثلاثة فوراً، بل تدل على عدم الخيار حينئذٍ لعدم المناط، وهو الضرر بلا اختيار منه، فلا فرق بين مسألة الفور والتراخي ومسألة بذل الثمن في عدم وجود المناط، وإنْ كان هناك من جهة ارتفاع أصل الضرر في المستقبل، وهنا من جهة عدم كونه مستنداً إلى الشارع، بل إلى سوء اختياره في ترك المبادرة، هذا.

ولكنك عرفت منع الانصراف المذكور، ولعمري إن ما ذكره في المقام بالتمسك بالظهور المذكور مؤيد لما ذكرت سابقاً من دلالة الاطلاق على بقاء الخيار ولو بعد البذل.

٤٠ ـ **قوله**ﭤ: **(لأنَّ الموضوع مستفاد** ...الخ)[٢].

أقول: أولاً النص موجود في المقامين، وثانياً لا فرق بين النص الخاص وقوله ﷺ (لا ضرر) بعد ما علمت من أنَّ المستفاد منه المتضرر له الخيار.

٤١ ـ **قوله**ﭤ: **(وإمَّا للاستصحاب** ...الخ)[٣].

أقول: التمسك به منافٍ لمذهبه من عدم حجيته في الشك في المقتضي.

والتحقيق عدم جواز التمسك به في المقام مع قطع النظر عن كونه شكاً في المقتضي، وعن اطلاق الاخبار أيضاً؛ لكون المرجع عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ بناءً على استفادة العموم الأزماني منه حسب ما بيّنا سابقاً من عدم الفرق بين قسمي

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٧.

العموم، فراجع[١].

فالوجه في التراخي هو اطلاق الاخبار المخصصة للعموم المذكور.

ثم إنّ الاشكال في الفورية وعدمها إنّما هو في صورة الالتفات، وأما إذا كان عدم المبادرة من جهة الجهل بالحكم أو الموضوع أو الغفلة عن أحدهما فالظاهر عدم الاشكال في بقاء الخيار.

❑ تلف المبيع بعد الثلاثة من مال البائع

٤٢ ـ قوله ﴿: **(المستفادة من النص والاستقراء ...الخ)**[٢].

أقول: أما الاستقراء فواضح، وأما النص فهو الخبر النبوي المعروف (الخراج بالضمان)[٣]، وأيضاً بعض الاخبار الواردة في الرهن، كخبر اسحاق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام: (قلت له: الرجل يرهن الغلام أو الدار فيصيبه الآفة، على من يكون؟ قال: على مولاه. ثم قال: أرأيت لو قتل قتيلاً على من يكون؟ قلت: فهو في عنق العبد. قال: ألا ترى فلم يذهب من مال هذا. ثم قال: أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مأتي دينار لمن يكون؟ قلت: لمولاه. قال: وكذلك يكون عليه ما يكون له)[٤]، فانّ المستفاد من ذيله قاعدة كلية، وهي أنّ من له الغنم فعليه الغرم .

بل في نبوي آخر مشهور (لا يعلق الرهن من صاحبه، له غنمه وعليه غرمه)[٥] لكن هذا الأخير لا عموم فيه، هذا.

ولا اشكال في هذه القاعدة؛ لأنّ مقتضى الملكية أنْ يكون الضمان على المالك إلا أنها كما بيّنه المصنّف لا تعارض قوله صلى الله عليه وآله (كل مبيع تلف)[٦]، لأنّه أخص منها.

والتحقيق في الجواب عنها: أنّه لا منافاة بين مفادها والخبر ـ بعد كون المراد

---

(١) ج ٢، تعليقة ٨٠٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٨.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٠، رواية ٨٩.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام الرهن، ح ٦.

(٥) عوالي اللآلي ١: ٢٢٠، رواية ٩٥، والمستدرك ١٣: ٤٢٣، رواية ١٥٧٨٩.

(٦) عوالي اللآلي ٣: ٢١٢، رواية ٦٩، المستدرك ١٣: ٣٠٣، رواية ١٥٤٣٠.

من كون التلف من مال البائع ـ أنّ البيع ينفسخ قبل التلف آناً ما؛ إذ على هذا يكون المبيع للبائع لا للمشتري، فلا يلزم ضمان مال الغير؛ حتى يكون منافياً لقاعدة كون الخراج بالضمان، فتدبّر.

٤٣ ـ **قوله**ﷺ: **(والقاعدة الثانية ...الخ)**(١).

أقول: التحقيق أنّ هذه القاعدة لا مجرى لها في المقام أصلاً ولو كان بعد القبض؛ وذلك لأنّ المفروض تلف المبيع مع كون الخيار مختصاً بالبائع، فضمان المشتري إنّما هو على القاعدة؛ لأنّ المبيع ماله، ومورد هذه القاعدة إنّما هو فيما لو تلف ما انتقل من غير ذي الخيار، كما في تلف المبيع في خيار الحيوان، حيث نحكم بضمان البائع، لا ما انتقل إليه كما في مقامنا.

والحاصل: أنّ القاعدة إنّما تجري في مورد نحتاج في تطبيق الضمان على القاعدة إلى الحكم بالانفساخ قبل التلف آناً ما، وفي مقامنا ليس كذلك، بل لو قلنا بالانفساخ ينعكس الامر؛ إذ يرجع المبيع إلى البائع، فالحكم بضمان المشتري له على خلاف القاعدة.

٤٤ ـ **قوله**ﷺ: **(منهم المفيد ...الخ)**(٢).

أقول: وحكي عن سلّار والشهيد(٣) في نكته أيضاً، وهنا قول ثالث بالتفصيل بين ما لو كان تلفه بتفريط من المشتري، بأنْ يكون البائع قد سلّمه المبيع فلم يتسلّم فالضمان عليه، وبين ما لو كان بغير تفريط فعلى البائع، حكي عن المختلف(٤) أنّه نسبه إلى ابن حمزة في الوسيلة(٥) ونفى عنه البأس.

لكن يمكن أن يقال: إنّ نظر الوسيلة إلى أنّ هذا قبض، فيكون من التلف بعد القبض، ويخرج عن محل الكلام، فيكون راجعاً إلى ما عن الشيخ وجماعة من

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣٩.
(٣) حكاه عنهما الجواهر ٢٣: ٥٨.
(٤) مختلف الشيعة ٥: ٦٨.
(٥) الوسيلة ٢٣٩.

كفاية مجرد العرض على المشتري في القبض الرافع لضمان البائع، ولذا أطلق في الوسيلة عدم ضمان البائع في هذه الصورة، ولم يفرّق بين التلف في الثلاثة أو بعدها، فعلى هذا ينحصر المفصّل في المختلف فانّه خصَّ الحكم بالتلف في الثلاثة، فيظهر منه أنَّ الوجه ليس تحقق القبض، بل هو من جهة أنَّ ما بعد الثلاثة يكون التقصير من البائع، من جهة كونه قادراً على الفسخ، بخلافه في الثلاثة في الصورة المزبورة؛ إذ التقصير منحصر بالمشتري.

والتحقيق: أنّه لا يثمر في تحقق القبض، ولا دليل على كون الضمان دائر مدار مثل هذا التقصير، فاطلاق كون التلف قبل القبض على البائع بحاله.

إلا أن يقال : إنَّ أخبار هذه القاعدة منصرفة إلى غير صورة تقصير المشتري فيتجه حينئذٍ تفصيل المختلف، فتأمل فانّه على هذا لا فرق بين التلف في الثلاثة وبعده، فيتجه ما ذكره في الوسيلة، وحاصله أنّه وإنْ لم يكن كافياً في صدق القبض إلا أنّه رافع لضمان البائع، ولعله مراد الشيخ والجماعة، لأنّه يصدق القبض بمجرد التمكين والعرض عليه.

٤٥ ـ قولهﷺ: **(ولو مكّنه من القبض** ...الخ)[١].

أقول: يعني لو مكّن البائع المشتري من القبض فلم يقبض فضمان البائع وعدمه مبني على كفاية مثل هذا التمكين في رفع الضمان كلية وعدمها، والأقوى الكفاية، فلا ضمان على البائع، ولعل وجهه ما ذكرنا في الحاشية السابقة من انصراف أخبار التلف قبل القبض إلى غير هذه الصورة، فيرجع فيها إلى عدم الفساد، والغرر مرتفع بالتوصيف أو الالتزام، ولا يعود بهذا الشرط، بل هذا أقوى من اشتراط سقوط الخيار مجرداً عن الأرش كما لا يخفى، ولا يضر جهالة مقدار التفاوت مع امكان فرض العلم به حين العقد، ولا إلى مقتضى القاعدة من كون التلف من مال مالكه، وهو المشتري في المقام.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٠.

بقي أمور:

أحدها: أنّ المراد بالثلاثة أيام هو بياض اليوم، ولا يشمل الليالي، نعم الليلتان المتوسطتان داخلتان تبعاً، لا الأولى والأخيرة على ما مرّ في ثلاثة الحيوان[١].

الثاني: لو لم يكن الثمن مؤجلاً إلا أنّ البائع أذن بعد البيع للمشتري في التأخير كان بحكم ما لو كان مؤجلاً؛ إذ التاخير حينئذٍ بحق؛ فلا يثبت بالتأخير خيار.

الثالث: لو ضمن الثمن ضامن سقط الخيار وإنْ أخّره ثلاثة أيام أو أزيد، وكذا لو أحاله البائع على غيره؛ لأنهما بمنزلة القبض بالنسبة إلى هذا البيع، وكذا لو صالح عنه بشيء وأخر اقباض ذلك الشيء، وهذا واضح.

الرابع: لو اختلفا في مضي الثلاثة كان القول قول المشتري، وإنْ كان ذلك من جهة الاختلاف في مبدء العقد، ولو اختلفا في كون الثمن مؤجلاً أو حالاً أو في قبضه أو قبض المثمن كان القول قول البائع؛ لاصالة عدم التأجيل وعدم القبض، وكذا لو اختلفا في الاذن في التأخير أو اسقاط الخيار أو شرط سقوطه أو نحو ذلك مما يجري فيه أصل العدم بعد تحقق المقتضي للخيار.

الخامس: لا يجري هذا الخيار في غير البيع من سائر المعاملات، ويختص فيه بالبائع، نعم هذا من حيث التعبّد بالاخبار، ولكن لو تحقق الضرر بسبب التأخير جرى في غيره وفيه بالنسبة إلى المشتري أيضاً من جهة قاعدة الضرر بناءً على كفايتها في اثبات الخيار على ما هو ظاهرهم، وقد عرفت الكلام عليه في خيار الغبن[٢].

❑ شراء ما يفسد ليومه

٤٦ ـ قوله ﷺ: **(كما في مرسلة محمد بن أبي حمزة ...الخ)**[٣].

أقول: ويدل على الحكم أيضاً مرسلة ابن رباط عن الصادق عليه السلام على ما في الفقيه

(١) ج ٢، تعليقة ٦٢٦.
(٢) ج ٢، تعليقة ٧٤٥.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٤١.

(والعهدة فيما يفسد من يومه ـ مثل البقول والبطيخ والفواكه ـ يوم إلى الليل)[1] وإنْ احتمل أنّه من كلام الصدوق، بل في الجواهر[2] لعله الظاهر هذا، لكن ويحتمل أنْ يكون المراد كون عهدة تلفه على البائع يوماً إلى الليل، وبعده على المشتري من جهة تقصيره في الأخذ، لا أنْ يكون المراد اثبات الخيار، لكن يجب الحمل على إرادة الخيار بضميمة تلك المرسلة، مضافاً إلى فهم العلماء، فتدبّر.

٤٧ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنَّ الظاهر أنَّ شروط** ...الخ)[3].

أقول: الظاهر أنَّ هذا الخيار لا دخل له بخيار التأخير، ولذا عدّه في اللمعة[4] قسماً آخر؛ إذ الظاهر أنَّ المدار فيه على تأخير قبض المثمن، والحكمة فيه دفع ضرر فساده عن البائع، بمعنى كون التلف قبل القبض عليه، فلو فرضنا قبض الثمن دون المثمن وكان تأخيره موجباً للفساد كان للبائع الخيار.

والحاصل أنَّ هذا الخيار خيار تأخير المثمن في مورد خاص، والخيار السابق خيار تأخير الثمن، والحكمة في هذا دفع ضرر ضمان المبيع من جهة الفساد، وفي السابق دفع ضرر الصبر عن الثمن.

فانْ قلت: ظاهر قولهﷺ (فانْ جاء بينه وبين الليل بالثمن وإلا فلا بيع له)[5] كون المدار في هذا أيضاً على تأخير الثمن.

قلت: الظاهر أنَّ هذا كناية عن قبض المثمن؛ لأنَّ الغالب أنّه يقبض المثمن حين المجيء بالثمن، والقرينة على ذلك ما هو الظاهر من حكمة الحكم، خصوصاً بملاحظة التمثيل بالفواكه والبطيخ والبقول في مرسل ابن رباط.

٤٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ففي إلحاقه بتغيّر العين وجهان** ...الخ)[6].

---

(١) الفقيه ٣: ٢٠٣.
(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٥٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٣.
(٤) اللمعة الدمشقية ١٠٨.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الخيار، ح ١.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٤.

أقول: لا اشكال في عدم شمول الفساد في الخبرين للمقام، فالمرجع قاعدة الضرر، وعليها فالاقوى الالحاق؛ لأنّه يصدق عليه الضرر عرفاً وإنْ كانت العين باقية كماكانت؛ لأنّ المناط فيه فوات المالية، ولا فرق فيه بين نقص العين والقيمة، فالضرر صادق، خصوصاً في الأموال المعدة للتجارة.

السَّادِسُ

خِيَارُ الرُّؤْيَةِ

السادس: خيار الرؤية

٤٩ ـ **قوله** ﷺ**: (والمراد به الخيار ...الخ)**[١].

أقول: يظهر من المصنّف أنّ خيار الرؤية قسم من خيار الاشتراط، وظاهر اللمعة[٢] كونه نوعاً آخر، وهو ظاهر الخبر؛ حيث جعل المدار على مجرد عدم الرؤية، ويمكن تصويره بأنْ يكون الشراء باعتقاد كون المبيع على كذا على وجه يرتفع الغرر من غير أنْ يجعله شرطاً، فظهر بعد الرؤية أنّه على خلاف ذلك، هذا إذا قلنا أنّ الوصف راجع إلى الشرط، وإلا فتصويره واضح؛ إذ البيع مع الوصف الرافع للغرر صحيح، وتخلّفه يوجب الخيار مع عدم كونه شرطاً، فتدبّر.

٥٠ ـ **قوله** ﷺ**: (لم يعلم وجه الاستشهاد به ...الخ)**[٣].

أقول: أي بصحيح عبدالرحمن، فانّه لا دخل له بالمقام؛ لأنّ قوله عليه السلام (لا يصلح هذا)[٤] دال على عدم صلاحية القسمة على هذا الوجه، لا عدم صلاحية البيع، ولا على اثبات الخيار.

ويمكن أنْ يكون مراد المصنّف أنّه لم يعلم وجه الاستدلال بصحيحة زيد على ما نحن فيه كما هو ظاهر قوله ﷺ (لأنّ المشتري لسهم ...الخ).

٥١ ـ **قوله** ﷺ**: (ويكون له خيار الحيوان ...الخ)**[٥].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٥.

(٢) اللمعة الدمشقية ١٠٨.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٦.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب البيع وشروطه، ح ٨.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٦.

أقول: يبعِّده قوله (إذا خرج) فانَّ خيار الحيوان غير معلّق على الخروج، بل يثبت بمجرد العقد، فلا بدَّ من حملها على خيار الرؤية، سواء حملناها على بيع الحصة المشاعة، أو الكلي في المعين بعد تنزيلها على ما إذا كان البيع بالوصف، لا برؤية القطيع، فانّه إذا خرج على خلاف الوصف يكون الخيار، فتأمل.

٥٢ ـ قوله: **(والظاهر الاتفاق** ...الخ)[1].

أقول: قد يكون الخيار مختصاً بالبائع، كما إذا خرج المبيع زائداً على ما وصف، أو الثمن ناقصاً عما وصف، وقد يكون مختصاً بالمشتري كالعكس، وقد يكون لهما كما إذا كان أحدهما ناقصاً والآخر زائداً، أو كان المبيع ناقصاً من جهة زائداً من أخرى، وكذا في الثمن، والدليل على التعدِّي عن مورد النص ـ وهو المشتري ـ الاتفاق، وحديث الضرر، وتخلّف الشرط بناءً على كون الوصف راجعاً إلى الشرط.

٥٣ ـ قوله: **(وأبعد منه دعوى عموم الجواب** ...الخ)[2].

أقول: وذلك لأنّه إذا حمل الخبر على الاحتمال المذكور يكون الجواب خاصاً به، فلا معنى لدعوى عمومه، كيف؟ ولو أمكن حمله على العموم مع اختصاص المورد لم يحتج إلى ارتكاب الاحتمال المذكور الذي هو في غاية البُعد، بل كان الصواب أن يقال إنَّ المورد وإنْ كان خاصاً بالمشتري إلا أنَّ الجواب عام.

إلا أنْ يكون غرض القائل العموم من حيث ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال، وفيه أيضاً ما لا يخفى؛ إذ الخبر كالنص في إرادة تقليب المشتري.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٧.

❑ مورد خيار الرؤية

٥٤ ـ قوله‌‌ﷺ: (مورد هذا الخيار بيع ...الخ)[١].

أقول: الظاهر جريانه في الكلي الخارجي كالصاع من الصبرة إذا لم يرها، وكذا في الحصة المشاعة لقاعدة الضرر، وتخلّف الشرط بناءً على رجوعه إليه، بل يمكن تطبيق صحيحة زيد على أحدهما كما عرفت، بل يمكن دعوى فهم المثالية من صحيحة جميل، فكما أنّه يفهم منها عدم الفرق بين الضيعة وغيرها أيضاً يفهم منها عدم الفرق بين بيع البعض أو الكل إذا كان الكل مفروزاً، فكذا يفهم منها عدم الفرق بين البعض المشاع أو المفروز، فتدبّر.

٥٥ ـ قوله‌‌ﷺ: (وربما يتراءى ...الخ)[٢].

أقول: حاصل الاشكال أنّ مقتضى اعتبارهم ذكر ما يختلف الثمن باختلافه مخالف لمقتضى ما ذكروه من اعتبار أوصاف السلم، فكيف يدّعون الاجماع على كل واحد منهما؟

وحاصل الجواب: أنّ المدار على الأول، والمراد بالثاني الأوصاف المعتبرة مع قطع النظر عن مانع خارجي، أو نقول إنّ في السلم أيضاً يعتبر ذكر جميع ما يختلف الثمن باختلافه، وفي صورة المانع نلتزم بعدم صحة السلم، هذا.

ولكن التحقيق كما سيأتي ارجاع العبارة الأولى إلى الثانية، بدعوى أنّه يكفي ذكر ما يختلف الثمن بحسب أغراض الغالب باختلافه، بحيث يرتفع الغرر العرفي.

٥٦ ـ قوله‌‌ﷺ: (ثم إنّ الأوصاف ...الخ)[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٤٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٠.

أقول: هذا اشكال آخر، وجوابه ما سيأتي في كلامه‌ؒ من الاكتفاء بما يرفع الغرر عرفاً.

٥٧ ـ قوله‌ؒ: (مع أنّا علمنا أنّ الغرر ...الخ)[١].

أقول: لا معنى لأخصية الغرر العرفي من الشرعي؛ إذ ليس له حقيقة شرعية، بل هو موضوع عرفي، والخبر يدل على نفي هذا الموضوع، نعم ربما يقدم أهل العرف على ما يكون غرراً من باب المسامحة، لا أنّه ليس بغرر عندهم، وقد نفاه الشارع.

وأما الموارد التي نحكم فيها ببطلان البيع مع قطع النظر عن صدق الغرر عرفاً، فهو من باب التعبّد، لا من جهة شمول خبر نفي الغرر، أو نقول إنّ الغرر معناه مجرد الجهالة بأنّ المبيع ماذا؟ من حيث الجنس أو الوصف أو المقدار أو الشخص، فجميع موارد البطلان داخل تحته؛ حتى بيع أحد الثوبين المتساويين في القيمة؛ لأنّه لا يعلم أنّ المنتقل إليه هذا أو ذاك، والجهل بالقيمة ليس مناطاً بالاجماع؛ لأنّ المدار على معلومية نفس المبيع، وعدم الاحتمال فيه مع قطع النظر عن القيمة.

٥٨ ـ قوله: (وأشكل من ذلك ...الخ)[٢].

أقول: حاصله أنّ لازم اعتبار ذكر جميع ما يختلف الثمن باختلافه اعتبار الاطلاع عليها مع الرؤية أيضاً، مع أنّهم لا يلتزمون به.

وحاصل الجواب كون المدار في المقامين على رفع الغرر العرفي، ويكفي فيه الاطلاع على ما لا يقدم العقلاء على البيع إلا مع الاطلاع عليه، فليس المدار على تمام المداقّة، ولا على المسامحات عند أهل العرف، ولا على إقدام غير العقلاء.

٥٩ ـ قوله‌ؒ: (ثم إنّه يمكن ...الخ)[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٢.

أقول: حاصله أنّ الأوصاف إنْ لم تذكر لزم الجهالة من حيث الوصف، وإنْ ذكرت كانت قيداً؛ فيلزم الغرر من جهة الجهل بوجود المقيد بها، فيرجع إلى غرر أعظم، وهو غرر الوجود.

قلت: إنّ التقييد إنْ رفع جهالة الصفات فلا يلزم غرر آخر؛ لأنّ الجهل بالوجود المقيد ـ من حيث إنّه مقيد ـ ليس إلا جهلاً بالقيد، وهي الصفات، والمفروض العلم بها بسبب الذكر، وإنْ لم يرفع تلك الجهالة فهي بعد باقية من غير حاجة إلى التشبث بغرر الوجود، مع أنّه ليس غرراً آخر، بل هو عين الغرر من حيث الصفات.

وإنْ أراد أنّ التقييد يستلزم ضيق الدائرة فينجر إلى عزة الوجود فهو كما ترى؛ إذ يمكن كون ذي الوصف كثيراً أيضاً، وإلا لزم ذلك في توصيف الكلي أيضاً، مع أنّه لا اشكال في بيعه بالاوصاف.

والأولى أنْ يقال: في تقرير الاشكال أنّ مجرد ذكر الأوصاف لا يستلزم رفع الغرر؛ لعدم حصول العلم أو الظن بكون العين متصفة بها، فهي بعد باقية على المجهولية فلا مدخلية للقيدية في الاشكال، ولا أنّه يرجع إلى عزة الوجود.

٦٠ ـ **قوله ﷺ: (ويمكن أن يقال: إنّ أخذ ...الخ)**(١).

أقول: لا فائدة للاشتراط في رفع الغرر، ولا فرق بينه وبين التقييد؛ إذ المدار على رفع الجهل بالأوصاف، ومجرد الاشتراط لا يستلزم ذلك، وإنْ أراد أنّ مع الاشتراط لا يبقى احتمال الضرر ـ الذي هو معنى الغرر ـ لمكان كون تخلّف الشرط موجباً للخيار.

ففيه: أنّ الخيار لا يرفع الغرر، كيف ؟ ولازم ذلك جواز بيع المجهول من جميع الجهات مع شرط الخيار، بل لا معه أيضاً؛ لمكان خيار المجلس أو الحيوان في خصوص بيع الحيوان، مع أنّه على هذا لا فرق بينه وبين التقييد؛ إذ معه أيضاً إما يثبت الخيار مع التخلّف، أو يحكم ببطلان البيع، فلا يلزم الغرر على أي حال.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٢.

٦١ ـ **قوله ﴿قدس سره﴾: (ويمكن أنْ يقال بيناء ...الخ)**[١].

أقول: هذا لا يدفع الاشكال؛ إذ الجهل لا يرتفع بـذكر الأوصـاف؛ سـواء كـان الواصف هو البائع أو الثالث.

فالتحقيق أنْ يقال: لا نكتفي بمجرد ذكر الأوصاف، بل لا بدَّ من حصول العلم أو الاطمئنان بصدق المخبر، سواء كان على وجه القيدية أو الشرطية أو غـير ذلك، ولذا قلنا سابقاً بعدم جواز الاعتماد على اخبار البائع بالمقدار إلا مع الاطـمئنان، وحملنا على ذلك اطلاق النص والفتوى.

وبالجملة: مقتضى قاعدة نفي الغرر ما ذكرنا؛ إذ من المـعلوم أنَّ مـجرد ذكـر الوصف مع عدم الوثوق بوجوده لا يرفع الغرر، فلو فرض كون المخبر فاسقاً كذّاباً لا يتفاوت الحال في اخباره وعدمه كيف يحصل العلم بالمبيع باخباره؟! نعم إلا أنْ يكون دليل آخر مخصص لقاعدة الغرر، والمفروض عدمه.

٦٢ ـ **قوله ﴿قدس سره﴾: (ولا دليل على المنع ...الخ)**[٢].

أقول: يعني عدم حصول العلم لا يضر بعد ارتفاع الجهالة بذكر الأوصاف؛ لعدم الدليل على اعتبار العلم.

وفيه: أنَّه كيف يرتفع الجهالة مع الاعتراف بعدم العلم، إلا أنْ يريد عدم حصول صفة العلم وإنْ حصل الاطمئنان، فتأمل.

٦٣ ـ **قوله ﴿قدس سره﴾: (وسيجيء عدم اشتراط ...الخ)**[٣].

أقول: لكن الظاهر ثبوت خيار الرؤية أيضاً، مضافاً إلى خيار العيب؛ إذ لا يعتبر في خيار الرؤية كونه مخالفاً للأوصاف المذكورة، بل يكفي فيه البناء على أصل السلامة، أو الاعتقاد بكونه متصفاً بكذا مع كشف عدمه.

وبالجملة: خيار الرؤية إنَّما يثبت في صورة البيع مع عـدم الرؤيـة بـانياً عـلى

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٣.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٣.

الاتصاف بوصفٍ مفقودٍ، لكن إذا علم صدقه في دعوى البناء المذكور، أما إذا ادعى أني اعتقدت الوصف الفلاني ولم يكن له طريق إلى دعواه لا يحكم بثبوت الخيار له، ويحتمل ثبوته مطلقاً لاطلاق صحيحة جميل؛ حيث علّق الخيار على مجرد عدم الرؤية، فتدبّر.

٦٤ ـ **قوله**ﷺ: (**بعد انعقاده صحيحاً** ...الخ)[١].

أقول: هذا أول الدعوى؛ إذ الظاهر أنَّ القائل بالبطلان يقول به من الأول، لا الانفساخ، لا أقل من احتمال ذلك، ويحتمل أنْ يكون المراد بعد الانعقاد صحيحاً بحسب الظاهر، بمعنى وجود مقتضي الصحة، وهو عمومات الأدلة، فتدبّر.

٦٥ ـ **قوله**ﷺ: (**ويضعّف** ...الخ)[٢].

أقول: توضيحه أنَّ محل الكلام إذا كان في الأوصاف الكذائية، فيكون العقد وارداً على الموجود وإنْ لم يكن بالوصف، فله أنْ يرضى به، ولا يقال في العرف إنّه رضي بغير المبيع، بخلاف تخلّف الوصف المقوّم فانَّ الموجود فيه ليس عندهم مورداً للعقد، فالرضا به يحتاج إلى معاملة جديدة، فعلى هذا نقول إنَّ الوصف وإنْ كان مذكوراً في الانشاء بعنوان القيدية إلا أنّه في العرف لا يعدُّ قيداً، بل هو من باب تعدد المطلوب، ويجري عليه حكمه، اما لأنّه كذلك في إرادة المنشيء أيضاً في الحقيقة وإنْ كان قيداً في الصورة، أو لأنَّ العرف يجري عليه حكم تعدد المطلوب وإنْ لم يكن كذلك في قصده.

والسر في حكمهم كذلك هو كونه كذلك في أغراض نوع المعاملين وإنْ لم يكن كذلك في خصوص هذين المتعاقدين، بل في الحقيقة يكون كذلك في حاق قصدهما وباطن قلبهما أيضاً وإنْ كانا غافلين عنه، فلا يرد أنّه لا معنى للحكم التعبدي من العرف.

نعم، لو علم من قصدهما القيدية جداً، لا تعدد المطلوب بحيث لا يكونان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٤.

راضيين إلا مع الوصف كان البيع باطلاً؛ لأنّه راجع إلى التعليق، سواء كان في الواقع متصفاً أم لا؛ لأنّه يرجع إلى أنّه باعه إنْ كان كذا، وإلا فلا، هذا.

وأما الوصف المفهوم فهو لا يرجع إلى تعدد المطلوب لا فعلاً ولا حقيقةً، ولا بحسب حكم العرف، ولذا يحكم بالبطلان في صورة التخلّف وإنْ كان مأخوذاً على وجه الشرطية وتعدد المطلوب في الصورة، نعم لو قصد الشرطية جداً بحيث يكون غرضهما كونه مبيعاً على أي حال، والتزاما على وجه الاشتراط كونه متصفاً بذلك الوصف المقوّم يكون البيع باطلاً وإنْ كان متصفاً به واقعاً؛ لعدم امكان ايراد البيع الواقع على الحنطة على ما هو شعير؛ لمغايرتهما حقيقة في أنظار العرف.

٦٦ ـ قوله ﴿﴾: **(إلا أنْ يقال:** ...الخ)[1].

أقول: يعني أنَّ الرضا بالمبيع مقيد بوجود الوصف، فمع عدمه يلزم البطلان من جهة فقد الرضا، وإنْ لم يعد الموجود مغايراً للموصوف، فالوصف وإنْ لم يكن مقوّماً إلا أنّه أخذ مقوّماً في مقام البيع من حيث القصد والرضا.

وفيه: ما مرَّ من أنّه من باب تعدد المطلوب، فهو راضٍ بأصل المبيع بالنسبة إلى لحاظ المطلوب الأولي وفقد المطلوب الثاني لا يضر به، ومن هذا قلنا إنَّ فساد الشرط لا يوجب فساد العقد، كما يدل عليه جملة من الأخبار أيضاً، وسيأتي تمام الكلام في مسألة الشروط.

٦٧ ـ قوله ﴿﴾: **(ما ذكرنا** ...الخ)[2].

أقول: حاصل كلام الدافع أنَّ مغايرة الموجود للمعقود عليه إنَّما يؤثر إذا كان الوصف الكلي مطلقاً، سواء كان مقوّماً أو لا، فانّه إذا قال «بعتك الحنطة الحمراء» لا يكون الحنطة الصفراء مورداً للعقد أصلاً، فاذا دفعها إليه كان من قبيل الوفاء بغير الجنس، وكون الحمرة والصفرة من الأوصاف الغير المقوّمة لا يجدي بعد عدم ورود العقد إلا على الموصوف بالحمرة، وكذا يؤثر في البطلان إذا كان الوصف

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٥.

للشخص، لكن كان الوصف ذاتياً، أي مقوّماً لا عرضياً؛ إذ في صورة تخلّف الوصف الذاتي لا يصدق ورود البيع على الموجود؛ لمكان المغايرة الذاتية بينه وبين الموصوف، وأما إذا كان الوصف عرضياً غير مقوّم فالمورد وإنْ كان هو الموصوف إلا أنّه يصدق على الموجود أيضاً أنّه مورد؛ لعدم مغايرته مع الموصوف.

والفرق بينه وبين الوصف العرضي للكلي أنَّ في الشخصي يكون الاشارة إلى الموجود فيكون من باب تعارض الاسم والاشارة، وتقديم الثاني، وفي الكلي لا إشارة إليه أصلاً كما هو واضح، فالموجب للصدق أمران، أحدهما عدم عده مغايراً، والثاني وقوع الاشارة عليه، وفي الكلي الأمر الثاني غير متحقق.

وحاصل إيراد المصنّف أنّه لا فرق بين الذاتي والعرضي بعد فرض كون القصد إلى المتصف وتقيد الرضا به؛ إذ عدم المغايرة بينهما بحسب الذات لا ينفع في ورود العقد عليه بعد كون الرضا مقيداً، فلا فرق بين الكلي والشخصي ولا بين الذاتي والعرضي.

قلت: يظهر جواب هذا الايراد مما ذكرنا، نعم يرد على هذا القائل أنّه لا فرق بين الكلي والشخصي في ذلك، وإنْ لم يكن في الكلي إشارة إلى غير المتصف؛ إذ الملاك مجرد عدم المغايرة الذاتية، وكون الوصف من باب تعدد المطلوب؛ ولهذا ترى أنّه لو أعطى في مقام الوفاء غير الموصوف ورضي به المشتري لا يقال إنّه رضي بغير المبيع، بخلاف ما لو أعطاه من غير الجنس فانّه يحتاج إلى معاملة جديدة.

٦٨ ـ **قوله**ﵟ: **(فينبغي لزوم العقد ...الخ)**(١).

أقول: لا نسلّم ذلك؛ إذ الالتزام بالوصف أيضاً متحقق، ولازم تخلّفه الخيار، فالاشارة إنّما تثمر في تحقق المطلوب الأول، وأما المطلوب الثاني فمختلف، فلا بدَّ من الخيار.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٥.

مع امكان أنْ يقال: سلّمنا أنّ لازم ذلك عدم الخيار، إلا أنا نثبته بقاعدة الضرر أو بصحيحة جميل المتقدمة.

٦٩ ـ **قوله**ﷺ: (**واثبات الخيار** ...الخ)[١].

أقول: كونه اعادة للكلام السابق لا يضر بعد كون المراد منه ما بيّنا من كون الوصف في الشخصيات من باب تعدد المطلوب الذي لازمه الخيار.

٧٠ ـ **قوله**ﷺ: (**ويمكن أنْ يقال** ...الخ)[٢].

أقول: هذه النصوص والاجماعات مؤيدة لما ذكرنا من القاعدة؛ إذ في جميع هذه الموارد السر في المطلب كونه من باب تعدد المطلوب، وعدم تقيّد الرضا في حاق القلب وإنْ كان مقيداً في الصورة.

٧١ ـ **قوله**ﷺ: (**ويمكن إحالة** ...الخ)[٣].

أقول: لا ينبغي الاشكال في وجوب الاحالة على العرف، فانّه المدار، والنسبة بينه وبين العقل عموم من وجه، فقد يتوافقان في صدق المغايرة وقد يتفارقان كما لا يخفى.

٧٢ ـ **قوله**ﷺ: (**فتأمل** ...الخ)[٤].

أقول: لعل وجهه أنّه لا دخل للمقام بمسألة الربا؛ حتى يتوهم أنّ المدار في المقام على ما ذكره فيه، فانّ الميزان في المقام صدق ورود البيع على هذا الموجود وعدمه، وفي باب الربا على المغايرة بينهما في الحقيقة النوعية، فكل ما يخرج من نوع واحد يعد هناك متحد الجنس وإنْ كان مغايراً بحسب الاسم للآخر، كما في الدبس والتمر والزبيب والعنب والخل ونحو ذلك على ما يظهر من الاخبار.

والحاصل: أنّ المعيار في المقام شيء، وذلك المقام شيء، فلا وجه للتوهم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٥.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٦.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٦.

المذكور، فتأمل فانَّ ما ذكرنا وإنْ كان حقاً إلا أنَّه بعيد عن كونه وجهاً للتأمل.

❑ هل هو على الفور أو التراخي

٧٣ ـ قوله ﷺ: **(مع أنَّ صحيحة جميل ...الخ)**[1].

أقول: وكذا صحيحة الشحّام، بل يمكن أنْ يستدل بصحيحة جميل بوجه آخر، وهو أنَّ في مورد السؤال حكم بالخيار مع أنَّ من المعلوم مضي مدة مديدة من حين وقوع البيع إلى حين السؤال، غاية الأمر أنَّه كان جاهلاً بثبوت الخيار له، وسيأتي أنَّه ليس عذراً، فلو لم يكن الخيار متراخياً وجب بيان ذلك للسائل، فتدبّر.

٧٤ ـ قوله ﷺ: **(كما نبهنا عليه ...الخ)**[2].

أقول: لعله يشير إلى ما ذكره في خيار التأخير من أنَّ الخبر منطبق على قاعدة الضرر؛ فيدور الأمر مدار مؤدى القاعدة، وقد مرَّ منه ﷺ أنَّ مقتضاها الفورية، إما لعدم الشك، وإما لعدم امكان الاستصحاب؛ لعدم احراز الموضوع.

قلت لكن التحقيق: كون الحكم تعبدياً مستفاداً من الخبر وإنْ دلَّ عليه أو على بعض موارد قاعدة الضرر أيضاً، فهي دليل آخر، ولا يلزم انطباق الخبر عليها، فالاطلاق بحاله، ومع الاغماض يمكن الاستصحاب؛ لأنَّ الموضوع مستفاد من النص، بل قد عرفت أنَّه على فرض الرجوع إلى القاعدة أيضاً يمكن الشك، وطريق تشخيص الموضوع هو العرف، كما لو كان الدليل غير القاعدة، ولا فرق، نعم على فرض عدم الاطلاق التحقيق هو الفورية من جهة كون المقام مقام الرجوع إلى عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ على ما عرفت.

بقي شيء: وهو أنَّه لو قلنا بالفورية لو أخر لعذر من مانع أو نسيان أو جهل بأصل الخيار أو بالفورية أو اعتقاد الفسخ مع تبيّن عدمه أو نحو ذلك من الاعذار فهل يبقى خياره أو يسقط؟ وجهان، أقواهما السقوط؛ إذ لا دليل على كون المذكورات عذراً في الحكم الوصفي الغير الدائر مدار العلم والجهل، نعم يمكن الحكم بالبقاء

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٧.

إنْ جرت قاعدة الضرر، فيدور حينئذٍ مداره.

ومن ذلك ظهر ما في المحكي[1] عن بعض الاساطين من بقاء الخيار مع المذكورات إلا في الجهل بالفورية، مع أنّه على تقدير ثبوت العذرية لا فرق بين الجهل بها والجهل بأصل الخيار كما اعترف به في الجواهر[2] أيضاً.

❁ ❁ ❁

(١) حكاه عنه الجواهر ٢٣: ٩٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٩٦.

مسقطات خيار الرؤية

٧٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وبالتصرف بعدها** ...الخ)[1].

أقول: لا دليل على كون التصرّف من المسقطات في غير خيار الحيوان، إلا إذا قصد به الالتزام بالبيع؛ بحيث يكون اسقاطاً فعلياً كما عرفت في بعض الخيارات المتقدمة، ونظر المصنّف إلى عموم التعليل في بعض أخبار خيار الحيوان، وقد عرفت الكلام فيه.

٧٦ ـ **قوله**ﷺ: **(مبنيان على أنَّ الرؤية** ...الخ)[2].

أقول: التحقيق أنَّها كاشفة، لا سبب مستقل، ولا شرط، فالخيار ثابت من حين العقد كما في سائر الخيارات أيضاً على ما عرفت في بعضها؛ وذلك لأنَّه مقتضى جميع أدلته من تخلّف الشرط والضرر والخبر؛ لأنَّ التلف إنَّما هو حين العقد، وكذا الضرر لأنَّه أيضاً متحقق حينه.

ودعوى: أنَّ الضرر الواقعي ليس مناطاً؛ إذ لو فرض معه اللزوم لا يكون المُوْقِعُ فيه حكم الشارع باللزوم، بل جهل الشخص بالموضوع؛ إذ لو فرض عدم اللزوم أيضاً يقع في الضرر من جهة اعتقاده اللزوم.

مدفوعة: بمنع ذلك؛ بل المستفاد من قاعدة الضرر أنَّ الضرر الواقعي مرفوع وإنْ لم يعلم به، ومن المعلوم أنَّ اللزوم في حد نفسه حكم ضرري، فهو مرفوع، وتمام الكلام في محله.

وأما الخبر فلأنَّ المراد من قولهﷺ في صحيحة جميل (لكان له فيها خيار

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٨.

الرؤية)[1] لكان له فيها الخيار الجائي من قبل الرؤية، أي من جهة فقدها، لا أنَّ الرؤية سبب له، وما ذكرنا وإنْ كان بعيداً من العبارة إلا أنَّه قريب بملاحظة المقام؛ إذ المناسب أنْ يكون سبب الخيار عدم الرؤية، لا هي نفسها، ومقتضى ذلك ثبوته قبل الرؤية، ولا يلزم فعلية الرؤية بعد ذلك أيضاً، فلو فرض عدم رؤية المبيع بعد ذلك أصلاً، وقد فرض تخلّف الوصف نلتزم بالخيار الواقعي، فالرؤية طريق لا موضوع ولا جزؤه، فتدبّر.

٧٧ ـ **قوله**ﷺ: **(أمكن جواز الاسقاط** ...الخ)[2].

أقول: إما باسقاط هذا المقدار من الحق أو باسقاط الخيار، لكن لا فعلاً، بل باسقاطه في محل ثبوته، وهو ما بعد الرؤية، ولا يكون من اسقاط ما لم يجب؛ إذ هو اسقاط له في محل وجوبه على ما عرفت سابقاً من أنَّه لا مانع منه حينئذٍ عقلاً، ولا اجماع على بطلانه، نعم لو أسقطه في محل ثبوته قبل تحقق السبب بطل من جهة الاجماع، وإلا فالمانع العقلي مختص باسقاطه في محل عدم وجوبه، كأنْ يسقطه فعلاً مع فرض عدمه.

٧٨ ـ **قوله**ﷺ: **(إلى اشتراط عدم الاعتداد** ...الخ)[3].

أقول: يمكن أنْ يقال بصحة الشرط المذكور أيضاً إذا فرض كونهما قبل الكسر مما يبذل بازائهما المال، فانَّ المدار على المالية، لا على كون الشيء مما ينتفع به واقعاً، فاذا فرضنا أنَّ العقلاء يبذلون المال بمجرد هذا الاحتمال، فهو مال واقعي عندهم وإنْ لم يكن نفعه محرزاً، فبالكسر يخرجان عن المالية، لا أنَّه يكشف عن عدم كونهما مالاً حين البيع، فالبيع صحيح من حينه، والشرط المذكور نظير الشرط في مقامنا، ونظير شرط البراءة فيما له قيمة بعد ظهور العيب.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب الخيار، ح ١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٥٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٠.

٧٩ ـ قولهﷺ: **(بل من جهة أنّه اسقاط ...الخ)**[١].

أقول: إنْ قلنا بصحة الاسقاط قبل الرؤية فلا مانع من صحة الشرط المذكور، وإنْ قلنا بعدم صحته فلنا أنْ نقول بصحة الشرط، بأنّ الوجه في عدم صحة الاسقاط عدم الدليل، أو قيام الاجماع، وفي الشرط عموم دليله موجود، والاجماع مفقود، هذا مع أنّ الشرط ليس اسقاطاً، بل هو التزام بعدم الثبوت كاشتراط سقوط خيار المجلس والحيوان، ولا مانع منه بعد كون الحكم ـ وهو الخيار ـ مما يمكن تغييره بالشروط في حد نفسه.

وبتقرير آخر: لا مانع من كون المعاملة لازمة من حيث هي؛ فيمكن اشتراط ذلك ولا يعتبر في صحة الشرط أزيد من ذلك على ما عرفت سابقاً، وسيأتي في باب الشروط، فكل حكم قابل للتغيير بالطوارىء يصح الشرط فيه ورفعه به، والمقام من ذلك.

٨٠ ـ قولهﷺ: **(وأقوى الأقوال أولها ...الخ)**[٢].

أقول: الأقوى هو القول الثاني لعموم أدلة الشروط، وعدم المانع؛ إذ هو إما كونه اسقاطاً لما لم يجب، وقد عرفت ما فيه، وإما لزوم الغرر على ما ذكره جامع المقاصد[٣]، وفيه أنّ الغرر مدفوع بمجرد الوصف إما مطلقاً على ما هو ظاهر المشهور، أو إذا أوجب الاطمئنان على ما هو المختار، واشتراط الخيار لا ينافي ذلك؛ إذ وجه المنافاة إما تخيّل أنّ الرافع للغرر هو الخيار اللازم لتخلّف الشرط، وقد عرفت حاله سابقاً مما ذكرنا، ومما ذكره المصنّفﷺ.

وأما ما ذكره المصنّفﷺ هنا من أنّ نفس التعهد والالتزام بالوصف ـ الذي هو سبب الخيار ـ وهو مرتفع باشتراط سقوط الخيار لمكان التنافي بين الأمرين.

وفيه أولاً: أنّ لازم هذا ـ كما اعترف به المصنّف ـ التفصيل بين ما لو كان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٦١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٦١.
(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.

التوصيف بعنوان الشرط أو القيد، وما لو كان لا بهما، بل بمجرد ذكر الوصف، كما لو وصفه البائع لا بعنوان الاشتراط، أو وصفه الأجنبي.

وثانياً: لا نسلّم أنّ التعهّد بما هو تعهّد رافع للغرر في شيء من المقامات؛ حتى لو كان التوصيف بعنوان الاشتراط، بل الرافع هو نفس التوصيف الذي يتضمنه الالتزام والاشتراط، إما مطلقاً أو لكونه موجباً للاطمئنان، فبطلان حيثية التعهّد من جهة المنافاة مع اشتراط سقوط الخيار لا يوجب فوات التوصيف، أو فوات الاطمئنان، وبعبارة أخرى اشتراط السقوط يوجب بطلان الالتزام بالوصف، ولكن نفس التوصيف بلا التزام باقٍ بحاله، والمفروض كفايته.

نعم، لو قلنا ـ إنّ الرافع للغرر ليس إلا حيثية التعهّد، وأنّ مجرد الاطمئنان أو التوصيف بلا تعهد لا يكفي في رفع الغرر ـ لم يتم ما قلنا، لكن من المعلوم خلافه، والمصنّف معترف به؛ ولهذا يفصّل بين المقامات، ويدل على ما ذكرنا من أنّه لو فرض رفع الغرر باشتراط الوصف فبان بعد البيع بطلان الشرط المذكور لا يلزم منه خروج المبيع عن كونه معلوماً، فالمؤثر في رفع الغرر في صورة الشرط أيضاً هو التوصيف اللازم له، لا نفسه، وهذا واضح غايته.

وثالثاً: لو سلمنا أنّ الرافع نفس التعهّد والاشتراط، لكن لا نسلّم المنافاة بينه وبين سقوط الخيار؛ إذ يمكن الجمع بين الالتزام بكون المبيع متصفاً بكذا مع كون المعاملة لازمة، فانّ خيار تخلّف الشرط حكم تعبدي من الشارع أو من العرف، وليس مجعولاً للشارط، لا أولاً وبالذات، ولا ثانياً وبالعرض، بمعنى أنّه ليس عين الالتزام بالوصف، ولا لازماً له، فكما يمكن للشارع أو العرف عدم الحكم بالخيار عند تخلّف الوصف المشترط كذا يمكن للشارط نفيه بالشرط.

وبالجملة: الالتزام بالوصف شيء، والخيار عند تخلّفه شيء آخر لا دخل له به، وليس لازماً له، بحيث لم يمكن تفكيكهما، ويوضح ما ذكرنا ملاحظة اشتراط فعل أو ترك على أحد المتعاقدين، فانّ من المعلوم أنّ معناه تعهّد الشارط بذلك، لا خيار الآخر عند عدم الفعل أو الترك، فحال الالتزام بالوصف أيضاً ذلك، فانّ معناه

تعهّده بوجود؛ بحيث يكون المشروط له مستحقاً عليه كون المبيع متصفاً به، لا جعل الخيار عند تخلّفه.

والحاصل: أنَّ معنى التعهّد بالوصف جعل حق للمشروط له في المبيع على المشروط عليه، كما أنَّ معنى التعهّد بفعل الخياطة جعله في ذمته، فخيار تخلّف الشرط ليس راجعاً إلى جعل المتعاقدين، وإلا رجع إلى خيار الشرط الذي هو شرط الخيار، هذا.

وظهر مما ذكرنا عدم صحة الفرق الذي ذكره المصنّف في المقام، ومسألة التبري من العيوب؛ إذ في كلا المقامين الغرر مرتفع بغير التعهد، مع أنَّ ما ذكره ـ من أنَّ نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط ـ ممنوع، بل البناء على أصل السلامة في قوة اشتراطها كما سيعترف به في خيار العيب، فهو من باب الشرط الضمني.

وظهر مما ذكرنا أيضاً دفع ما يمكن أنْ يقال وجهاً ثالثاً للبطلان من أنَّ مع الاغماض عن الغرر أيضاً يكون الشرط المذكور فاسداً من جهة مناقضته لاشتراط الوصف، وإنْ حصل رفع الغرر بمجرد التوصيف أو شيء آخر، وحيئنذٍ فانْ قلنا إنَّ الشرط الفاسد مفسد يكون العقد أيضاً فاسداً، وإلا فيختص البطلان به، وجه الدفع ما عرفت من منع المنافاة والمناقضة، فتدبّر.

هذا، وذكر في المستند في وجه فساد الشرط المذكور أنّه مخالف للسنة، قال (نعم لو شرط عدم الفسخ لو ثبت له الخيار جاز ولزم، ولم يؤثر الفسخ لو فسخ)[١].

قلت فيه: أيضاً أنَّ حكم الخيار إذا كان من الأحكام القابلة للتغيير بالشرط فلا يعد الشرط معه مخالفاً للسنة، فلا فرق بين شرط السقوط وشرط عدم الفسخ، فتدبّر.

٨١ ـ قوله ﷺ: (هذا مع امكان ...الخ)[٢].

---

(١) مستند الشيعة ١٤: ٤٠٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٣، أشار إليه في الحاشية أنّه في بعض النسخ.

أقول: لعل وجهه امكان دعوى كون مسألة خيار العيب وجميع صور هذا الخيار من باب التعهد والالتزام، غايته أنّه شرط صريح في بعض الفروض، وضمني في البعض الآخر، ولازم ذلك بطلان شرط التبري أو سقوط الخيار لمنافاتهما للتعهد بالوصف أو السلامة، لكن خرج مسألة التبري بـالنص والاجـماع المـخصصين لقاعدة الغرر، وفيه ما لا يخفى.

والتحقيق: ما عرفت من منع الرجوع إلى الشرط كلية، وعلى فرضه نمنع عود الغرر؛ لأنّ رافعه شيء آخر، أو لعدم المنافاة بين الأمرين.

٨٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وظهر أيضاً ضعف ما يقال ...الخ)**[١].

أقول: القائل صاحب الجواهر[٢]، ومـا ذكـره حـق، إلا قـوله (واقـدامـه بـالبيع المشترط ...الخ) لما ذكره المصنّف من أنّ الاقدام لا يوجب الرخصة فـي البـيع الغرري، فالأولى تعليل الصحة بما ذكرنا، من أنّ الشرط المذكور لا ينافي بـقاء الاطمئنان، ومع فرض عدمه نلتزم بالبطلان، هذا مع أنّ في كلامه تهافتاً؛ حيث إنّه ذكر أولاً أنّ البيع تعلّق بمعلوم غير مجهول، ومع ذلك فرض صدق الغرر، وقال إنّه أقدم عليه، فانّه مع فرض صدق المعلومية لا يبقى غرر، فتدبّر.

❑ مسألة: لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت

٨٣ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو شرط في متن ...الخ)**[٣].

أقول: ولو شرط بذل التفاوت مع التخلف ففي الجواهر[٤] فسـد أيـضاً، وفـيه إشكال، والأقوى عدم الفساد، والغرر مرتفع بالتوصيف أو الالتزام، ولا يعود بهذا الشرط، بل هذا أقوى من اشتراط سقوط الخيار مجرداً عن الارش كما لا يخفى، ولا يضر جهالة مقدار التفاوت مع امكان فرض العلم به حين العقد، وكذا لا يضر

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٣.
(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٩٦.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٤.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٩٦.

جهالة حصول المعلق عليه ـ وهو التخلّف ـ لاغتفار هذه الجهالات في الشروط.

٨٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ومن المعلوم عدم نهوض** ...الخ)[١].

أقول: يمكن أنْ يقال بالصحة على هذا التقدير، بدعوى أنَّ مرجعه إلى البيع الكلي، واشتراط اعطاء هذا الشخص بشرط انطباقه على ذلك الكلي، بأنْ كان واجداً للوصف، فتأمل فانَّ المفروض أنَّ البيع وارد على هذا الشخص بما هو هو، لا على الكلي؛ ولذا لو كان واجداً للوصف لا يجوز اعطاء فرد آخر، ولو كان البيع وارداً على الكلي أمكن ذلك إذا رضي به المشتري، بأنْ أسقط حق اشتراط اعطاء هذا الفرد، فلازم البيع على الوجه المذكور كون المبيع مردداً بين كونه هذا الشخص وكونه كلياً في الذمة، هذا إذا علّق البدلية على التخلّف الواقعي، وإنْ شرط البدل حين ظهور المخالفة كان ـ كما ذكره المصنّفﷺ ـ راجعاً إلى اشتراط الانفساخ وحصول معاملة جديدة.

٨٥ ـ **قوله**ﷺ: **(معاوضة تعليقية** ...الخ)[٢].

أقول: شرط الابدال إما أنْ يكون من شرط السبب أو النتيجة، فانْ كان من شرط السبب بأنْ يكون المشروط ابدال الفاقد للوصف بواجده فلا مانع منه، ولو لم يبدل كان كسائر الشروط التي لا يفي بها المشروط عليه، فله اجباره، ومع تعذّره يثبت له خيار تخلّف الشرط، ولا يضر تعليق الابدال على ظهور المخالفة كما لا يخفى.

وإنْ كان من شرط النتيجة فيرد عليه الاشكال من جهة عدم الدليل على صحته في مثل المقام؛ إذ القدر المتيقن من صحته ما كان لا بعنوان المعاوضة، كأنْ يقول «بعتك هذا بكذا على أنْ يكون مالك الفلاني لي»، وأما إذا قال «على أنْ يكون مالك الفلاني عوضاً عن مالي» فلا دليل عليه؛ إذ التمليك المعاوضي يحتاج إلى صيغة خاصة، ولا يكفيه الشرط، بل في الحقيقة يرجع إلى البيع، ومن المعلوم أنّه يحتاج

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٤.

إلى صيغة خاصة.

والحاصل: أنّ شرط النتيجة إنّما يصح فيما يكفي في ايجاده كل لفظ؛ حتى الشرط، وأما ما يعتبر فيه لفظ خاص كالبيع والنكاح والطلاق ونحو ذلك فلا، إلا أنْ يقال لا نسلّم أنّ كل تمليك معاوضي بيع، فهو كالتمليك المجاني يكفيه الانشاء بالشرط، وإلا فالتمليك المجاني أيضاً إذا كان بعنوان الهبة يحتاج إلى لفظ خاص، وسيأتي أنّ مقتضى عموم دليل الشروط صحة كل شرط إلا ما ثبت حاجته إلى لفظ خاص، فلا مانع من اشتراط البدلية في المقام، هذا.

وأما ما ذكره المصنّف وجهاً للمنع من كونه معاوضة تعليقية غررية ففيه أنّ التعليق مغتفر في الشروط، وأما الغرر فغير لازم؛ إذ المبدل هو العبد الغير الكاتب مثلاً، والبدل هو العبد الكاتب، فلا جهالة، وعلى فرضه غايته أنّ الشرط غرري ولا بأس به، إلا أنْ يسري غرره إلى أصل البيع، ومن المعلوم عدم السراية في المقام.

٨٦ـ قولهﷺ**: (ويفسد العقد** ...الخ)[١].

أقول: يعني ولو قلنا إنّ الشرط الفاسد غير مفسد، ولعله لأنّه يوجب الغرر في أصل البيع، وسيأتي أنّ النزاع في كون الشرط الفاسد مفسداً أو لا إنّما هو فيما لا يوجب خللاً في شروط البيع، هذا ولكن قد عرفت عدم سراية الغرر في الشرط المذكور إلى أصل البيع، مع أنّه على الوجه الأول لا غرر أصلاً حتى في الشرط، وجهالة المعلق عليه لا تعد غرراً، وإلا لزم غررية غالب الشروط، فتدبّر.

٨٧ـ قولهﷺ**: (وبذلك ظهر ضعف** ...الخ)[٢].

أقول: يعني بما بيّنا من فساد الشرط والعقد ظهر ضعف ما في الحدائق، قلت: وأيضاً يرد عليه أنّه لا معنى لكون الفساد مختصاً بصورة المخالفة؛ إذ الشرط المذكور إما محكوم بالفساد أو لا، وعلى الأول إما أن يقال إنّ الشرط الفاسد مفسد أو لا، فعلى الفساد والافساد يكون العقد فاسداً، سواء ظهر موافقاً أو مخالفاً، وعلى

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٤.

الفساد وعدم الافساد يكون العقد صحيحاً مطلقاً، ولا يلزم الابدال، وعلى الصحة يلزم الابدال، فلا وجه لتخصيص الفساد بصورة ظهور المخالفة، والحكم بالصحة مع الموافقة.

والحاصل: أنَّ فساد العقد إنْ كان من جهة كون الشرط الفاسد مفسداً فلازمه الفساد مطلقاً؛ لأنَّ المفروض أنَّ العقد مشروط بهذا الشرط، وإلا فلا.

نعم، يمكن أن يقال: إنَّ هذا إنَّما يتم إذا لم يكن الشرط معلقاً على تقدير خاص، وإلا فالفساد إنَّما هو في صورة حصول ذلك التقدير، مثلاً إذا قال «بعتك بشرط أنْ تشرب الخمر إذا جاء زيد» فهذا الشرط مفسد للعقد إذا جاء زيد، وأما على تقدير عدم مجيئه فلا؛ وذلك إما لأنَّه في الحقيقة راجع إلى عدم الشرط على التقدير الأخر، فكأنَّه قال «بعتك وإنْ جاء زيد اشترطت عليك شرب الخمر» ففي صورة عدم المجيء لا شرط حتى يوجب الفساد، وإما لأنَّه وإنْ كان البيع مشروطاً بشرط فاسد، إلا أنَّ سر كون الشرط الفاسد مفسداً هو تقيد الرضا بما لا يحصل له، وهذا التقييد إنَّما هو في صورة حصول المعلّق عليه؛ إذ المفروض رضاه بالبيع مع عدم الشرب على تقدير عدم المجيء، هذا.

ولكن التحقيق: ـ بناءً على القول المذكور ـ الحكم بالفساد مطلقاً؛ إذ البيع مشروط مطلقاً، والتعليق إنَّما هو في المشروط، والمفروض أنَّ البيع المشروط بشرط فاسدٍ فاسدٌ، فتدبّر. ولعلنا نتعرّض لهذا الفرض فيما سيجيء في أحكام الشروط.

هذا كله إذا كان مراد صاحب الحدائق البطلان من جهة كون الشرط فاسداً، ولكن الظاهر من عبارته أنَّ وجه البطلان غير هذا؛ إذ علله في صورة المخالفة بالمخالفة، فيظهر منه أنَّ وجه البطلان أنَّ البيع لم يرد على هذا الموجود كما حكينا سابقاً عن بعض، وعلى هذا فمحصل مطلبه أنَّ الشرط في المقام فاسد لكونه مخالفاً لأخبار الخيار، وأما العقد فليس بفاسد مطلقاً، بل في صورة المخالفة فقط، ووجه بطلانه حينئذٍ أنَّ الموجود غير المبيع.

ودعوى: أنّ هذا الشرط يجبر المخالفة؛ إذ لو شرط الابدال فكان المبيع هو العين الموصوف بالوصف المذكور فلا مخالفة حتى يوجب الفساد.

مدفوعة: بأنّ هذا الشرط غير صحيح؛ لمخالفته لاطلاق أخبار الخيار، وإذا لم يكن صحيحاً فلا يجبر المخالفة، فالفساد بحاله؛ إذ المخالفة بحالها.

ثم وجه كلام الشهيد بأنّ غرضه أيضاً فساد الشرط، وأما العقد فهو ساكت عن حاله، ولعله أيضاً يقول بالفساد إلا في صورة المخالفة.

ولا يخفى أنّ هذا أيضاً مخدوش أولاً: بأنّ المخالفة لا توجب الفساد عنده، بل إنّما توجب الخيار.

وثانياً: إذا كانت موجبة للفساد فأين يجيء اطلاق أخبار الخيار؛ حتى يكون الشرط مخالفاً لها، وفاسداً من جهتها، هذا.

ويحتمل أنْ يكون وجه الفساد في صورة المخالفة عود الغرر، فيكون غرضه أنّ في صورة المخالفة العقد فاسد للغرر، ولا يجبره هذا الشرط؛ لأنّه غير صحيح لاطلاق أخبار الخيار.

وفيه: أنّه إنْ كان الغرر عائداً بهذا الشرط فلا يتفاوت بين صورة المخالفة والموافقة، مع أنّ عوده ممنوع، مع أنّ لازمه الحكم بالبطلان مع المخالفة، ولو مع عدم هذا الشرط، وإنْ كان الدافع له الخيار، فالمفروض أنّه يقول به بعد فساد الشرط.

وبالجملة: لم يظهر لي وجه ما ذكره من البطلان في صورة المخالفة، فيحتمل أنْ يكون فساد الشرط ومفسديته، ويحتمل أنْ يكون مجرد المخالفة، ويحتمل أنْ يكون لزوم الغرر، وقد عرفت عدم تمامية شيء منها، وظاهر عبارته هو الوسط كما لا يخفى.

٨٨ ـ قوله‏ﹶ: (والأظهر رجوع ...الخ)(١).

أقول: يعني أنّ الشهيد ساكت عن حكم العقد، وأنّه فاسد أو لا، وإنّما حكم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٥.

بفساد الشرط فقط، فيمكن أنْ يكون موافقاً لنا في الحكم بالصحة مع الموافقة، ووجه بطلان الشرط المذكور أنّه لا تأثير له مع الظهور وعدمه؛ إذ مع الظهور على الوصف لا تخلّف حتى يجب الابدال، ومع المخالفة أيضاً لا يجب لكونه شرطاً مخالفاً للسنة، وهي أخبار الخيار، فلا أثر له على التقديرين.

وأنت خبير بما فيه؛ إذ نظر الشهيد إلى العقد، لا خصوص الشرط، ثم إنّك قد عرفت سابقاً[1] أنّ مخالفة أخبار الخيار لا توجب فساد الشرط؛ لأنّ أدلته حاكمة عليها بعد كونه من الاحكام القابلة للتغيير بالطوارىء، كما هي كذلك بالنسبة إلى سائر الأدلة، فمثل هذا لا يعد مخالفة للسنة.

❑ هل يثبت هذا الخيار في كل عقد

٨٩ـ **قوله**ﷺ: **(لأنّه لو لم نحكم بالخيار** ...الخ)[2].

أقول: هذا البيان إنّما يناسب إذا قلنا إنّ مقتضى القاعدة بطلان المعاملة بتخلّف الوصف والشرط لكونهما قيداً في الحقيقة كما عن الاردبيلي[3]؛ إذ حينئذٍ يجب أنْ يقال في تقرير الاستدلال الأمر دائر بين الأخذ بمقتضى القاعدة، وهو البطلان، والأخذ بالخيار، والأول مخالف للاجماع، فيتعين الثاني؛ لعدم الدليل على اللزوم؛ لأنّ عموم «أوفوا» لا يشمل؛ لأنّ المفروض أنّ المعاهدة مقيدة بقيد مفقود.

وأما بناءً على كون الشرط غير راجع إلى القيد، وكون الصحة بمقتضى القاعدة فلا بدَّ من اقامة الدليل على ثبوت الخيار؛ إذ العموم المذكور شامل؛ لأنّ المفروض أنّ العقد وارد على العين الشخصية، وتخلّف الشرط أو الوصف لا يقتضي الخروج عن الموردية، غاية الأمر التزامه بهما أيضاً، وعدم امكان الوفاء بهذا الالتزام لا يقتضي جواز النقض بالالتزام الأول، وهو انتقال العين.

نعم، إذا قلنا إنّ الالتزام بالشرط في قوة جعل الخيار عند تخلّفه، بمعنى أنّه

---

(١) ج ٢، تعليقة ٥٦٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٦.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٨٣.

معناه أو هو من لوازمه ليكون مجعولاً للمتعاقدين بالتبع؛ حتى يكون راجعاً إلى خيار الشرط تم ما ذكر من جواز النقض، لكن قد عرفت أنَّ الحق خلافه، وأنَّ هذا الخيار تعبدي من العرف أو الشرع لا جعلي، والمصنّف غير ناظر إليه؛ ولذا ذكر في مسألة أنَّ الشرط الفاسد مفسد أو لا إذا قلنا بعدم مفسديته هل يثبت الخيار أو لا ؟ يحتمل الثبوت من جهة تخلّف الشرط، والحق خلافه؛ لأنَّ الدليل على ثبوت خيار تخلّف الشرط هو الاجماع وقاعدة الضرر، والاجماع في المقام مفقود، وقاعدة الضرر غير جارية إذا كان عالماً بالحال؛ لأنّه هو المقدم عليه بالرضا بالشرط الفاسد الذي لا يسلم له، فصريح هذا البيان منه ﷺ أنَّ الخيار في تخلّف الشرط تعبدي؛ إذ لو كان راجعاً إلى جعل المتعاقدين لم يحتج في ثبوت الخيار في تلك المسألة إلى الاجماع والضرر، هذا.

مع أنّه على هذا التقدير لم يحتج في مقامنا هذا أيضاً إلى هذا الاطناب، بل كان الأولى أنْ يقول يجري خيار الرؤية في كل عقد؛ لأنّه مقتضى اشتراط الوصف إذا تخلّف؛ لأنّه راجع إلى جعل الخيار.

والحاصل: أنّه إذا فرض عدم رجوع الوصف والشرط إلى القيد، وعدم رجوع شرط الوصف أو غيره إلى شرط الخيار ـ كما هما مقتضى مذهب المصنّف ﷺ ـ فلا مانع من شمول عموم «أوفوا»، مع أنَّ دليل اللزوم غير منحصر في هذا العموم، فلو سلّمنا عدم شموله نقول إنّه مقتضى «الناس مسلطون»؛ لأنَّ المفروض أنَّ النقل والانتقال حاصل قطعاً، وأيضاً يدل عليه قوله ﷺ «لا يحل»، وقوله تعالى ﴿ لا تأكلوا ﴾، وقوله تعالى ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾ كل ذلك بالتقريب المتقدم في أول باب الخيارات.

ودعوى أنَّ الرضا مقيد بالشرط مدفوعة بما تقدّم من كونه من باب تعدد المطلوب، وإنْ أغمضنا عن ذلك كله فمقتضى الاستصحاب عدم الانفساخ بالفسخ.

وكيف كان فلا ينبغي الاشكال في أنَّ مقتضى القاعدة عدم الخيار، وأنَّ خيار

التخلّف على خلاف القاعدة؛ خصوصاً في التوصيف الغير الراجع إلى الشرط حسب ما قدمناه، فالأولى الاستدلال للتسرية بالاجماع، فانّ من تتبع كلماتهم في سائر الأبواب يجدهم متسالمين على ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط، فانّهم يرسلونه ارسال المسلمات، و بأنّه من الاحكام العرفية، فانّ بناءهم على عدم لزوم الوفاء بالمعاهدة عند التخلّف، ولم يردعهم الشارع.

إلا أنْ يقال: يكفي في الردع العمومات المذكورة، وبقاعدة الضرر، لكن إذا لم يصدق الاقدام عليه، كما إذا كان مطمئناً بحصول الوصف، أما مع عدم الاطمئنان بناءً على صحة المعاملة معه وأنّ الغرر يرتفع بمجرد الشرط والوصف فلا تجري؛ لأنّه ينسب حينئذٍ إلى اقدامه كما لا يخفى.

هذا كله في ما كان التوصيف راجعاً إلى الاشتراط، أو كان بنحو الاشتراط، وأما في تخلّف الوصف الغير الراجع إليه فالحق عدم الخيار؛ لعدم جريان الأدلة المذكورة، هكذا ينبغي تحقيق المقام.

❑ مسألة: لو اختلفا في اختلاف الصفة

٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(لم يتخلف صفة وقال ...الخ)**(١).

أقول: يعني أنّ البائع مثلاً يقول لم نشترط الوصف ـ الذي هو مفقود بالفرض ـ ولم نذكره، فالمبيع هذا الموجود بهذا الوصف، والمشتري يقول اشترطنا أو ذكرنا الوصف الكذائي، وقد تخلّف فلي الخيار، وفي حكمه ما لو اتفقا على ذكر وصف واختلفا في أنّه الكتابة المفقودة أو الخياطة الموجودة، وأما لو اتفقا على اشتراط الوصف المعين المعلوم عدمه بعد البيع، لكن البائع يقول إنّه كان موجوداً حين البيع وقد زال بعده في ملكك، والمشتري يقول إنّه لم يكن موجوداً من الأول، أو يعترف بوجوده سابقاً على البيع ويقول بزواله قبله في ملك البائع، فليس مما نحن فيه، وسنشير إلى حكمه.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٧.

٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد تقدم توضيح ذلك** ...الخ)[١].

أقول: التحقيق في المسألة تقديم قول البائع؛ لأنَّ المفروض انتقال العين إلى المشتري على أي حال، والشك إنَّما هو في سبب الخيار، والأصل عدمه؛ لأنَّ الأصل عدم الاشتراط أو الوصف، كما لو شك في الخيار من جهة اشتراطه أو اشتراط أمر آخر يوجب تخلّفه الخيار.

وبتقرير آخر: الخيار معلّق على عنوان وجودي مدفوع بالأصل؛ وذلك لأنَّ دليله إما الاجماع على كون تخلّف الشرط موجباً له، أو قاعدة الضرر، أو الخبر المتقدم الذي علّقه على الرؤية على خلاف الوصف، وكل هذه العناوين مجرى أصل العدم، وأصالة عدم ورود العقد على هذا الموجود بهذا الوصف لا تثبت العناوين المذكورة.

وغاية ما يمكن أنْ يقال في ترجيح القول الآخر وجوه:

أحدها: ما عن الدروس من أنَّ يد المشتري على الثمن، والبائع يريد انتزاعه منه، وهي أمارة الملكية.

وفيه: أنَّ يده كانت على وجه الأمانة، ونشك في زوال هذا الحالة بالفسخ.

الثاني: ما عن التذكرة من أنَّ الأصل عدم الرضا بهذا الموجود.

وفيه: أنَّ الرضا بهذا الموجود معلوم، وإلا كان البيع باطلاً على فرض التخلّف.

الثالث: ما عن جامع المقاصد[٢] من أنَّ الأصل عدم وصول حقه إليه.

وفيه: أنَّ الحق أزيد من هذا الموجود غير معلوم، والأصل عدم اعتبار وصف زائد، مع أنَّ الخيار غير معلّق على هذا العنوان.

الرابع: ما عن العلامة[٣] أيضاً من أنَّ الأصل براءة ذمته من الثمن، الذي وجهه المصنّف بأنَّ المراد وجوب التسليم بناءً على عدم وجوبه في زمان الخيار.

وفيه أولاً: منع كون حكم الخيار ذلك، بل التسليم واجب، غاية الأمر أنَّ له

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٨.
(٢) جامع المقاصد ٤: ١٠٩.
(٣) التذكرة ١٠: ٦١.

الفسخ لرفع موضوع الوجوب.

وثانياً: أنّه معارض بأصالة بقاء ملك البائع للثمن، وبعبارة أخرى أنّ هذا الأصل لا يجدي في اثبات تأثير الفسخ بعد فرض معلومية النقل والانتقال.

وثالثاً: بأنّ أصالة عدم الاشتراط تنفي موضوع الخيار، وهي أصل موضوعي مقدم على الأصل الحكمي.

الخامس: ما ذكره المصنّف من أنّ اللزوم معلّق على ورود العقد على هذا الموجود بهذا الوصف، وكونه تمام حقه، والأصل عدمه، وأنّه لا تجري أصالة عدم الاشتراط، وبيانه على ما أشار إليه في المقام، وأوضحه في الباب المشار إليه أنّ أصل عدم الاشتراط إنّما يجري فيما إذا كان الشك في التزام مستقل في ضمن الالتزام بالبيع، كأنْ يقول «بعتك بشرط أنْ تكون كذا أو تفعل كذا»، وفي المقام ليس كذلك؛ إذ على فرض الاشتراط يكون ملحوظاً على وجه القيدية، وهو وإنْ كان راجعاً إلى الاشتراط؛ ولذا لا يلزم من تخلّفه إلا الخيار دون البطلان، إلا أنّه لما كان بعنوان القيد فلا يكون الشك في التزام زائد على أصل البيع، بل الشك في أنّ الالتزام البيعي وارد على الموصوف، أو على هذا الموجود، فلا يكون من الأقل والأكثر، [بل] من المتباينين، فالوصف في المقام نظير الجزء على فرض اعتباره لا يحتاج إلى التزام آخر، بل الالتزام الوحداني وارد عليه، وعلى ذات الموصوف، وحينئذٍ إذا كان مشكوكاً ـ والمفروض أنّ اللزوم معلق على كون هذا الموجود مورداً للبيع وتمام حقه ـ فنقول الأصل عدم وروده عليه، فينتفي اللزوم، وأصالة عدم الاشتراط لا مجرى لها؛ لما عرفت من أنّه ليس التزاماً زائداً.

نعم، تجري أصالة عدم ورود العقد على الموصوف بالوصف المفقود، لكنه لا يثمر إلا إذا ثبت وروده على هذا الموجود بهذا الوصف، وأما أصالة عدم تقيد المبيع بذلك الوصف المفقود فهي مثمرة، إلا أنّها غير جارية لعدم الحالة السابقة إذا لم يكن المبيع مبيعاً بدون هذا الوصف، بل الشك إنّما هو في صيرورته موصوفاً ومقيداً حين صيرورته مبيعاً أو لا، نظير الماء المخلوق دفعة إذا شك في

كونه كراً.

وبالجملة: اللزوم معلّق على ورود العقد على هذا الموجود، الأصل عدمه، والخيار معلّق على عدم وصول تمام حقه إليه، وهو مطابق للأصل، والأصل المذكور وارد على أصالة لزوم العقد الثابتة بالعمومات وغيرها؛ لأنّ الشك في اللزوم ناشٍ عن الشك في متعلق العقد، ومورده وصول الحق وعدمه، فلا يمكن التشبث بأصالة اللزوم أو بالعمومات؛ لأنّ تخصيصها معلوم، والأصل الذي ذكرنا يثبت موضوع المخصص، فانّ عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلّف الوصف، وأصالة عدم ورود العقد ينفي موضوع اللزوم، هذا ملخص ما قرره في الباب المشار إليه.

وفيه أولاً: أنّ التقييد الصوري لا يضر في جريان الأصل بعد الاعتراف بأنّه في المعنى راجع إلى الاشتراط؛ إذ غاية الأمر أنّ الانشاء وحداني، بمعنى أنّه انشاءٌ واحدٌ خاص متعلق بموضوع خاص، لا أنّه انشاءان، ونحن نقول إذا شككنا في أنّه هل تعلّق هذا الانشاء الخاص بذات الموصوف فقط، أو به وبوصفه فنقول تعلقه بالأول يقيني، وبالثاني مشكوك، والاصل عدمه.

وبعبارة أخري: الالتزام بنقل هذا الشخص معلوم، والالتزام بكونه موصوفاً بكذا مشكوك، فيدفع بالأصل، ألا ترى في مثال النظير، وهو الجزء أنّه لو شك في زيادة الاجزاء ونقيصتها يجري أصل عدم الزيادة، فلو اختلفا في كون المبيع منّاً من الحنطة أو منين يقدم قول مدعي المنّ، وكذا لو اختلفا في زيادة الثمن ونقيصته، وما هو المشهور من الفرق في الاختلاف في مقدار الثمن بين أنْ يكون المبيع قائماً بعينه أو لا إنّما هو من باب النص الخاص، وإلا فمقتضى القاعدة تقديم قول مدعي النقيصة، مع أنّ الانشاء وحداني، ولا ندري أنّه تعلّق بالناقص أو الزائد.

نعم لو كان مصب الدعوى تعيين مورد العقد، لا دعوى الزيادة والنقصان كان مقتضى القاعدة التحالف.

والحاصل: أنَّ المدار في جريان الأصل ليس على وحدة الانشاء وتعدده، بل على وحدة المنشأ وتعدده، فلو علمنا أنَّه أمر بضرب زيد، وشككنا في أنَّه أمر بضرب عمرو أيضاً أم لا نقول الاصل عدمه، وإنْ كان الشك في أنَّه قال «اضربهما» أو قال «اضرب زيداً»، مع أنَّ الانشاء وحداني على التقديرين، فوحدة انشاء الطلب ليست مناطاً.

وثانياً: على فرض كونه من التقييد الحقيقي وعدم رجوعه في المعنى أيضاً إلى تعدد المطلوب، كأنْ يدعى أنَّ قوله «بعتك هذه الحنطة الحمراء» من باب التقييد الحقيقي، وأنَّ مقتضى القاعدة بطلان البيع على فرض التخلّف، وإنَّما أجرينا عليه حكم تعدد المطلوب من باب الاجماع أو غيره، نقول إذا شك في التقييد فالأصل عدمه، ولا يتفاوت الحال في كون أثر التقييد هو البطلان أو الخيار، وذلك لأنَّ هذا التقييد اعتبار زائد، والاصل عدمه كما في سائر المقامات من الاحكام الوضعية والتكليفية، فلو شك في أنَّه أمر بعتق رقبة مطلقة أو مقيدة بالمؤمنة يدفع القيد بالأصل، وكذا الحال في الشك في شرائط البيع، فلو شككنا في أنَّ الشارع قيد صحته بقيد كذائي نقول الأصل عدمه، فلا فرق بين مجعولات الشارع والمكلفين في جريان أصالة عدم اعتبار زائد في المقام، ففي المقام نقول الشك في أنَّ الجاعل ـ وهو العاقد ـ باع هذه الحنطة لا بشرط، أو بقيد كذا، والأصل عدم التقييد.

نعم، لو شك في أنَّه أنشأ أمراً خاصاً أو مطلقاً لا يجري الأصل؛ لعدم حاجة الأول إلى اعتبار زائد، مثلاً إذا شككنا في أنَّ الصعيد مطلق وجه الأرض، أو خصوص التراب، لا يمكن أنْ يقال الأرضية معلومة، والشك في اعتبار الزائد، وهو قيد الترابية؛ إذ لو كان المأمور به التيمم بخصوص التراب لا يكون من الأقل والأكثر؛ إذ اعتبار الأرضية غير معلومة، بل الأمر دائر بين اعتبارها واعتبار خصوص التراب.

وبالجملة: فرق بين المطلق المقيد، وبين الخاص، فاذا كان اعتبار المطلق معلوماً وشك في تقييده وعدمه فالأصل عدمه، كما إذا علم أنَّه أمر بعتق الرقبة، ولم يعلم

أنّه قيده بالمؤمنة أو لا، وأما إذا لم يكن اعتباره معلوماً، كما إذا شك في أنّه قال «اعتق رقبة» أو قال «اعتق زيداً» فلا يمكن نفي الخصوصية بالأصل، إذ هما متباينان.

ومن المعلوم أنّ في مقامنا الشك إنّما هو في تقييد المطلق، لا في ايراد الانشاء على شيء خاص؛ إذ المفروض أنّا نعلم أنّه قال «بعتك هذه الحنطة» مثلاً، وإنّما نشك في أنّه قال الحمراء أم لا، فاعتبار المطلق وايراد البيع عليه معلوم، وتقييده بقيد زائد مشكوك.

وأما ما ذكره من أنّ أصل عدم التقييد ليس له حاله سابقة، وإلا فهو نافع في اثبات الخيار ففيه أنّ الذي ليس له حالة سابقة هو عدم مقيدته[1] المتعلق، لا عدم التقييد بمعنى عدم ورود القيد، وعدم اعتباره في المتعلق حين البيع، والموجب للخيار هو الثاني، لا الأول، فيجري فيه أصل العدم.

توضيح ذلك: أنّ الحكم تارة معلّق على تقيد المحل بشيء، وتارة على ورود القيد، وبعبارة أخرى تارة على اتصاف المحل بوصف وعدمه، وتارة على ورود الوصف وعدمه، والذى ليس له حالة سابقة هو الأول، دون الثاني، مثلاً إذا قال «كل دم ليس بحيض فهو استحاضة» فالاستحاضة معلقة على اتصاف الدم بعدم الحيضية، وهذا ليس له حالة سابقة، وإجراء أصالة عدم خروج الحيض لا يثبته، وأما إذا قال «كل لحم لم يذكَ فهو حرام أو نجس» يمكن أنّ يقال الأصل عدم التذكية، أي عدم ورودها على هذا اللحم، فهو نجس، ولا يحتاج إلى اثبات كون هذا اللحم متصفاً بعدم التذكية، ففي مقامنا نقول الخيار معلّق على تقييد المبيع بالوصف المفقود، أو اللزوم على عدم التقييد، لا أنّ يكون الخيار معلقاً على مقيديته، أو اللزوم على اتصافه بعدم التقييد.

وهكذا الحال في سائر موارد إجراء أصالة عدم التقييد وعدم الشرطية، مثلاً إذا شك في شرطية معلومية العوضين في صحة البيع يقال الأصل عدم الشرطية،

---

(١) هكذا في الاصل.

بمعنى أنَّ امضاء الشارع أو جعله للصحة معلوم، وتقييده الصحة بالمعلومية مدفوع بالأصل، ولا يمكن أنْ يدعى متى كانت الصحة ثابتة بلا قيد حتى يقال الأصل عدمه، وهكذا الحال في الشك في شرطية شيء في متعلقات التكاليف، وقد عرفت أنَّه لا فرق بين مجعولات الشارع والمكلفين، فالبيع ـ الذي هو مجعول للمتعاقدين ـ إذا علم تعلقه بهذا الشيء الشخصي وشك في تقييده حين ايراد البيع عليه بقيد يقال الأصل عدم هذا القيد، أي عدم اعتباره، فتدبّر.

وثالثاً: أنَّ ما ذكره من اللزوم معلق على ورود العقد على هذا الموجود بأوصافها الفعلية ممنوع، بل الخيار هو المحتاج إلى سبب؛ إذ هو معلق على تخلّف الشرط، وأما اللزوم فهو مقتضى طبع البيع عرفاً، أو بملاحظة الأدلة الدالة على أنَّ الأصل فيه اللزوم، فبعد معلومية كون البيع وارداً على هذا الموجود يجب العمل به، إلا أنْ يثبت اعتبار زائد يقتضي تخلّفه الخيار.

ثم إنَّه لو تمت هذه الدعوى كفت في اثبات مدعاه، ولم يحتج إلى المقدمة المذكورة، من أنَّ الوصف من باب التقييد في العنوان؛ إذ على فرض كونه من باب الاشتراط أيضاً يمكن أنْ يقال الاصل عدم ورود العقد على هذا الموجود بهذا الوصف، وأصالة عدم الاشتراط لا تثبت الورود عليه، فلازم هذه الدعوى أنَّه لو شك في اشتراط المعاملة بشرط آخر أيضاً يكون القول قول مدعي الاشتراط؛ للشك في ورود العقد على خصوص هذا الشيء، أو مشروطاً هكذا، والمفروض أنَّه لا بدَّ في الحكم باللزوم من احراز كونه تمام ما وقع عليه المعاهدة.

وبعبارة أخرى: لا يلزم الوفاء إلا إذا كان هذا الشيء وحده تمام ما التزم به في هذه المعاملة الخاصة، ولا يتفاوت الحال بين كونها التزاماً وحدانياً أو متعدداً؛ إذ مع التعدد أيضاً لا يخرج عن كونه معاملة واحدة خاصة؛ إذ الالتزام الثاني ـ وهو الالتزام الشرطي ـ جزء للمعاملة، وليس معاملة أخرى؛ فيكون الشك في أنَّ هذا تمام حقه أو لا، والأصل عدم وصول تمام حقه إليه.

وإنْ قلت: إنَّ ورود العقد عليه في الجملة معلوم، والالتزام الزائد مشكوك،

فالشك راجع إلى ثبوت حق أزيد.

نقول: فكذا إذا كان بالتزام وحداني منحل إلى التزامين.

والحاصل: أنَّه إنْ كان ولا بدَّ من اثبات ورود العقد على هذا وحده وبلا قيد ففي المقامين تجري أصالة عدمه، وأصالة عدم التقييد والاشتراط لا تثبت هذا الموضوع، وإنْ كان يكفي ورود العقد عليه في الجملة، وإنْ لم يثبت كونه تمام ما وقع عليه العقد، ففي المقامين يجري أصل عدم الاعتبار الزائد.

ومما ذكرنا ظهر ما في قوله (أنَّ حكم الخيار معلق على عدم وصول حقه إليه، وأنَّه يثبت موضوع خيار تخلّف الشرط).

إذ فيه أولاً: أنَّه إذا كان اللزوم معلّقاً على ورود العقد على هذا الموجود، فعدمه كافٍ في اثبات الخيار، ولا يحتاج إلى إجراء أصالة عدم وصول حقه.

وثانياً: أنَّ الشك في الوصول مسبب عن الشك في ثبوت حق أزيد، والأصل عدمه.

وثالثاً: أنَّ هذا الأصل لا يثبت موضوع التخلّف، بل في البيان تهافت؛ إذ لو كان الخيار معلقاً على عدم الوصول فلا يحتاج إلى اثبات التخلّف، وإنْ كان معلقاً على هذا العنوان فلا وجه لقوله (إنَّه معلق على عدم الوصول).

ثم إنَّ هذا كله إذا كان الاختلاف راجعاً إلى التوصيف وعدمه، وأما إذا كان من جهة الاختلاف في تعيين الوصف بعد اتفاقهما على ذكر وصف، فقال أحدهما ذكرنا الوصف المفقود، وقال الآخر ذكرنا الوصف الذي هو موجود فكذلك؛ لأنَّ الأصل عدم التقييد بالوصف المفقود، ولا يعارض بأصالة عدم التقييد بالموجود؛ لأنَّه لا أثر له، مع أنَّه على فرض المعارضة نرجع إلى أصالة بقاء ملكية كل منهما لما انتقل إليه، وعدم تأثير الفسخ.

فإنْ قلت: ثبوت حق له معلوم في الجملة، والأصل عدم وصوله إليه.

قلت: قد عرفت أنَّ أصالة عدم الوصول لا أثر لها؛ لأنَّ الحكم معلق على الاشتراط بالوصف المفقود وعدمه، لا على الوصول وعدمه، مع أنَّا نقول الشك

مسبب عن كون حقه ذاك الوصف المفقود، والاصل عدمه، فتدبّر.

وأما لو كان الاختلاف من جهة الاختلاف في زمان زوال الوصف بعد اتفاقهما على اشتراط وصف معين معلوم قد زال بعد ذلك، واختلفا في أنَّ الزوال بعد البيع أو قبله، فيتعارض أصل عدم البيع إلى حين الزوال، وأصل عدم الزوال إلى حين البيع فيتساقطان، مع أنَّ الحق عدم جريانهما في حد نفسهما؛ لعدم كون الحكم معلّقاً عليهما، فالمرجع أصل آخر، ولا يجري أصل عدم التقييد؛ لأنَّه معلوم، وحينئذٍ فانْ قلنا إنَّ الخيار معلّق على عدم وصول الحق فنحكم به لجريان الأصل، وليس هنا أصل موضوعي، وهو أصل عدم حق أزيد؛ لأنَّ المفروض أنَّه معلوم، وإنْ قلنا إنَّه معلّق على عنوان التخلّف فنحكم باللزوم، وقد عرفت أنَّ هذا هو الحق، ومع الاغماض من ذلك فالأصل بقاء الملكية وعدم تأثير الفسخ.

إلا أنْ يقال: إذا كان الاشتراط معلوماً فالأصل عدم وصول حقه ـ من الشرط ـ إليه، وهو وإنْ لم يكن كافياً في الحكم بالخيار، إلا أنَّه يترتب عليه جواز المطالبة به، وإذا تعذّر تسليمه فله خيار تعذّر التسليم بناءً على جريانه فيما يجب تسليمه وجوباً ظاهرياً(١).

لكن يمكن أنْ يقال: إنَّا نمنع كون وجوب التسليم من آثار عدم وصول الحق؛ إذ هو إنَّما يتأتى فيما كان الحق كلياً يمكن تسليمه، لا مثل المقام الذي يكون الحق في عين معينة، فانَّه إذا لم تكن منطبقة على حقه لا يمكن ايجاب تسليمه؛ لعدم امكان ايجاد الوصف فيها، ومع فرضه فنحكم بوجوب ذلك الخيار، فتدبّر.

❑ مسألة: لو نسج بعض الثوب فاشتراه

٩٢ ـ قوله ﵀: (والذي ذكر للمنع ...الخ)(٢).

أقول: ظاهر العنوان أنَّ المبيع هو الثوب الشخصي الذي نسج بعضه وسينسج بعضه الآخر، بمعنى أنَّ المنسوج مبيع قبل نسج تمامه، فالمبيع شخصي بتمامه، إلا

---

(١) في نسخة «ب» (فيما يجب وجوباً تسليمه ظاهرياً).
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٦٩.

أنَّ بعضه موجود دون بعضه الآخر، ومثل هذا لا يجوز بيعه؛ لأنَّه كبيع الثوب الشخصي الذي هو يخيطه، أو الثمر الذي يوجد بعد ذلك، فليس المبيع هو المقدار المنسوج والغزل الموجود، ولا الثوب الكلي بتمامه أو ببعضه.

ولعل هذا مراد العلامة من (أنَّ بعضه في الذمة مجهول) يعني أنَّ بعضه شخصي موجود، وبعضه الآخر شخصي لكنه في الذمة؛ لعدم وجوده بعدُ، وليس مراده أنَّه كلي، وإلا فمن المعلوم أنَّه لا مانع من كون بعض المبيع شخصياً، وبعضه كلياً في الذمة، والمراد من جهالته عدم العلم بخصوصياته؛ لعدم تشخصه بعدُ، والأوصاف إنَّما ترفع جهالة الشخص الموجود أو الكلي الذمي، لا الفرد الغير الموجود، فتدبّر.

٩٣ ـ **قوله**ﷺ: **(ثبت الخيار** ...الخ)[1].

أقول: وذلك لأنَّ المبيع بالنسبة إلى القدر الباقي، هو الغزل والنسج الكذائي شرط في الصورتين الأوليين، وأما في الأخيرة فالمبيع بالنسبة إلى الباقي هو المنسوج الكذائي الكلي، فمع عدم انطباق الموجود عليه لا يثبت الخيار؛ لأنَّه فرع الانتقال إليه، وهو بعدُ باقٍ على ملك البائع، إلا إذا قبله المشتري وأسقط حق شرطه، فلو لم يقبله يكون باقياً على ملك البائع، وحينئذٍ فانْ أمكن التبديل وجب وإلا جاء خيار تعذّر التسليم بالنسبة إلى ذلك البعض، وخيار تبعّض الصفقة بالنسبة إلى المنسوج.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٠.

السَّابعُ

خِيَارُ العَيبِ

السابع: خيار العيب

٩٤ ـ **قوله**ﭭ: **(اطلاق العقد يقتضي** ...الخ)[١].

أقول: غرضهﭭ أنْ يبيّن أولاً صحة البيع بدون ذكر وصف الصحة، وأنّه لا يكون من البيع الغرري حتى يكون باطلاً، ثم يبين الخيار وأحكامه.

ثم إنّ المراد بأصل السلامة إمّا أصالة كون الشيء على مقتضى طبعه في الخلقة فانّ مقتضاه الصحة وعدم الزيادة والنقيصة إلا لقاسر، وإمّا غلبة أفراد الصحيح في الخارج، وإمّا غلبة اقدام المعاملين على شراء الصحيح.

أمّا الأول فبمجرده لا يرفع الغرر كما لا يخفىٰ.

وأمّا الثاني فلا بأس به، إلا إذا كان غلبة شخصية على خلافه.

وأمّا الثالث فهو وإنْ كان كذلك ـ بمعنى أنّهم لا يقدمون إلا على شراء الصحيح مع الاطلاق، يعني أنّ غرضهم الصحيح ـ إلا أنّ مجرد هذا لا يرفع الغرر ما لم يحصل الاطمينان بكونه صحيحاً؛ إذ غاية الأمر أنّه يرجع إلى اشتراط الصحة، وهو لا يرفع الغرر في بيع العين الشخصية إذا لم يحصل الاطمينان، فتأمل.

٩٥ ـ **قوله**ﭭ: **(ولذا لا يجرى في الايمان** ...الخ)[٢].

أقول: يمكن دعوى الانصراف في خصوص مقام المعاملات، لا مطلقاً.

ثم إنّ التحقيق: أنّ المقام من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح، والسر في الانصراف أنّ غرض المتعاملين نوعاً هو الفرد الصحيح في مقام اعطاء العوض؛ ولهذا يختص بباب المعاوضات، ولا يضر فيه كون المبيع عيناً شخصيةً؛

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٢.

وذلك لأنّا نقول إنّ لفظ الحنطة مثلاً في قوله «بعتك هذه الحنطة أو الحنطة الموجودة في المكان الفلاني» لما كان منصرفاً إلى الصحيح بملاحظة مقام المعاملة، فهو في قوة قوله «بعتك هذه الحنطة الصحيحة»، فحال الانصراف حال التوصيف.

ومن ذلك يظهر أنّه لا يلزم كون غير الصحيح غير مبيع؛ فانّه كالتوصيف من باب تعدد المطلوب، فكما أنّ التوصيف قد يكون من باب التقييد، وقد يكون من باب تعدد المطلوب فكذلك الانصراف، فحال وصف الصحة حال سائر الاوصاف الغير المذكورة في العقد إذا علم اعتبارها بملاحظة الغلبة أو نحوها من القرائن، هذا.

والفرق بين ما ذكرنا وما ذكره المصنّف، أنّه على ما ذكرنا يكون المراد من الحنطة مثلاً الحنطة الصحيحة، غاية الأمر أنّ هذا الوصف إنّما استفيد من الانصراف، ويكون من باب تعدد المطلوب، لا من باب التقييد، وأنّ الانصراف قسمان.

وعلى ما ذكره يكون المراد منها الحنطة الشخصية الخارجية من غير تقييد، لكن يستفاد من الخارج من جهة الأصل التزام زائد، وحينئذٍ فلنا أنْ نستشكل في أنّ هذا الالتزام لا يستفاد من مجرد الاعتماد على الأصل؛ ألا ترىٰ أنّه لو علم كونه هذا الشيء صحيحاً فاقدم على شرائه من جهة علمه بصحته من غير أنْ يشترطها في المبيع لا يكون من الالتزام الشرطي، فانّ وصف الصحة حينئذٍ من قبيل الداعي، وإلا فالبيع وارد على هذا الموجود مطلقاً، فغاية الأمر أنّ الأصل يوجب الظن بوصف الصحة، وهو أيضاً لا يرجع إلى الاشتراط، فانّ الدواعي ليست قيوداً في المطلوبات، وكذلك الأغراض، نعم لا نضائق من رجوعه في بعض المقامات إلى الشرط الضمني، لكن على وجه الكلية ممنوع.

ومن ذلك يظهر أنّ خيار العيب متخلف عن خيار الاشتراط، وأمّا على ما ذكرنا فدعوى رجوعه إلى الاشتراط الضمني أسهل وأقرب، لكن التحقيق أنّه أيضاً ليس

على وجه الكلية؛ فانك قد عرفت أنّه يكون بمنزلة التوصيف، وقد عرفت سابقاً أنّه أعم من الاشتراط.

فان قلت: فكيف جعلته من باب تعدد المطلوب.

قلت: كونه منه إنّما هو في لب الغرض، لا في مقام الانشاء، فكون الغرض متعلقاً بالصحيح غير كونه شرطاً، بمعنى كونه التزاماً زائداً.

والحاصل: أنّه شرط ضمني مركوزي؛ لا أنْ يكون شرطاً فعلياً، فانّه فرع التباني والالتفات الفعلي، ومثل هذا الأمر المركوز لا دليل على اعتباره بمجرده، ولا يشمله أدله الشروط، نعم جعله الشارع مناطاً في باب العيب من باب التعبد، وإلا فلو فرض هذا المقدار من الاشتراط بالنسبة إلى سائر الأوصاف لا نقول بالخيار؛ ولذا جعلنا خيار تخلّف الوصف منفكاً عن خيار الاشتراط، وقلنا إنه من باب التعبد بالاخبار، لا القاعدة.

والحاصل: أنّ غاية ما يلزم من الانصراف المذكور كون البيع وارداً على العين الموصوفة بالصحة، وهذا يصتوّر على وجوه:

أحدها: أنْ يكون من باب التقييد، بأنْ يكون غير الصحيح غير مبيع.

الثاني: أنْ يكون على وجه الاشتراط، بأنْ يكون الالتزام الوحداني الوارد على الموصوف بمنزلة التزامين ورد أحدهما على ذات الموصوف، والآخر على الصفة.

الثالث: أنْ يكون خارجاً عن الأمرين، بأنْ يكون النظر إلى ذات الموصوف، وذكر الوصف من باب مجرد بيان المورد، نظير الأوصاف الفعلية في العين الشخصية التي لا يُعتنى بوجودها وعدمها، فأنّها على فرض وجودها مورد للالتزام، لكنها ليست قيداً ولا شرطاً بحيث يوجب فقدها بطلاناً أو خياراً، فكما أنّ مثل هذه الأوصاف التي لا تتفاوت بها الرغبات إذا ذكرت وبان تخلفها لا يحدث من أجلها خيار، فكذا الأوصاف المرغوبة إذا كان ذكرها لمجرد بيان الواقع ورفع الغرر لا للالتزام بها فهي من باب تعدد المطلوب، بمعنى أنّ فاقدها مبيع أيضاً،

ولكنها ليست معتبرة على وجه الشرطية، أعني أنّه لا يلزم اعتبارها على هذا الوجه، وإلا فقد تكون كذلك كما إذا علم تبانيهما عليها فعلاً، بحيث يكون انشاء البيع انشاءً لها أيضاً، والغرض أنّ مجرد الانصراف وكون المورد هو الصحيح لا يلزم أنْ يكون شرطاً فعلياً.

نعم هو راجع إلى الشرط في لب القلب، بل يكون قيداً أيضاً، كما أنّ جميع الأغراض قيود في عالم اللب، لكن هذا ليس مناطاً، بل المناط هو الشرط الفعلي، وهو يحتاج إلى التزام فعلي انشائي، وإنْ كان انشاؤه عين انشاء المشروط، بأنْ يكون الالتزام الواحد في قوة التزامين، فلو أغمضنا عن أخبار خيار العيب لا نحكم بالخيار من باب تخلّف الشرط، وكذا لو أغمضنا ـ في التوصيف الصريح ـ عن أخبار خيار الرؤية لا نحكم بالخيار من ذلك الباب، كما أنّه لو فرضنا عدم الانصراف إلى الصحيح ودفعنا الغرر من جهة أخرى، أو قلنا بعدم البطلان من جهة الغرر حكمنا أيضاً بالخيار من جهة أخبار العيب، فتحصل أنّ خيار العيب لا يرجع إلى خيار الاشتراط، والنسبة بين مورديهما عموم من وجه.

٩٦ ـ **قوله**ﰄ: **(لأنّه تصريح بما يكون الاطلاق منزلاً عليه ...الخ)**(١).

أقول: يعني أنّ هذا الاشتراط ليس أمراً وراء الاشتراط الضمني المستفاد من الاطلاق، وإنّما هو زيادة لفظ، وإلا فلا يعقل تعدد الالتزام حتى يوجب تخلّف أحدهما خيار العيب، والآخر خيار الاشتراط.

قلت: هذا إنّما يتم بناء على ما ذكره المصنّف من أنّ اطلاق العقد يقتضي اشتراط السلامة بعد دعوى أنّ أخبار خيار العيب أيضاً منزلة على ذلك، بمعنى أنّ نظر الشارع في هذه الأخبار إلى تخلّف الشرط الضمني، غايته أنّه تصرف في خصوص تخلّف وصف الصحة بالزيادة والنقصان؛ حيث إنّه أثبت الأرش أيضاً وخص الرد بصورة عدم التصرف، بخلاف تخلّف الشرط فانّه لا أرش فيه، ولا يسقط الرد فيه بالتصرف، وكذا إذا بنينا على كونه راجعاً إلى الاشتراط قلنا بعدم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٣.

نظر الأخبار إلى ذلك، بل المستفاد منها أنّ العيب يوجب الخيار تعبداً، لا من حيث تخلّف الشرط، فانّ مقتضى اطلاقها في افادة الحكم المذكور الغاء حيثية تخلّف الشرط في خصوص وصف الصحة، فهو مورد للتخيير بين الرد والأرش، ولا يجرى فيه حكم سائر الشروط، فانّ هذه الأخبار وإنْ لم تكن ناظرة إلى حيثية تخلّف الشرط، إلا أنّه لما لم يكن منفكاً عن موردها مع ذلك اطلقت ثبوت الأرش وعدم جواز الرد بالتصرف يستفاد منها الغاء الحيثية المذكورة.

إلا أنْ يقال: إنّ القدر المسلم من الالغاء ما هو الملازم لجميع الموارد من الشرط الضمني، وأما الشرط الصريح فلا يستفاد منها الغاؤه، فيمكن أنْ يترتب عليه أثره وإنْ لم يكن شيئاً وراء الشرط الضمني بحسب الواقع، وبعبارة أخرى الجهة اللازمة لموارد الأخبار هو الاشتراط القلبي، وأما مع التصريح به فباقٍ على حكمه، فتدبّر.

هذا، وأمّا على ما بنينا من انفكاك خيار العيب عن خيار الاشتراط، وأنّه يمكن أنْ لا يرجع وصف الصحة إلى الشرط، فمقتضى القاعدة ثبوت الخيارين، بل نقول إنّ الشرط الضمني الفعلي بدون التصريح أيضاً كافٍ في اثبات خيار آخر.

إلا أنْ يقال: وإنْ أمكن التفكيك والقول بأنّ جميع الموارد لا يرجع إلى الشرط إلا أنّ غالبها إذا كان راجعاً إليه كفى في إلغاء حيثية الاشتراط؛ لأنّ الاطلاق إذا كان ناظراً إلى جهة خاصة، ولكن كانت الجهة الأخرىٰ ملازمة لها في الغالب يكون الاطلاق دليلاً على عدم تأثيرها، مثلاً إذا قال «الدم الأقل من الدرهم معفوّ عنه» فهو وإنْ لم يكن ناظراً إلى العفو من حيث كونه فضله غير المأكول، لكن إذا فرض كونه غالب الدماء من غيره يكون اطلاق العفو من حيث النجاسة دليلاً على العفو من حيث الفضلية أيضاً، فتدبّر.

هذا، ولكن كون الغالب من باب الشرط الضمني الفعلي أيضاً ممنوع، فمقتضى القاعدة تأثير الجهتين وثبوت الخيارين، بل قد يقال بثبوت خيار الاشتراط فقط، بدعوى انصراف أخبار العيب إلى صورة عدم الاشتراط، لكنه كما ترىٰ؛ لأنّها

مطلقة، مع أنّ رواية يونس الآتية ظاهرة في التعميم بناء على ما سيجيء[١]؛ حيث إنّه أثبت فيها الأرش مع اشتراط البكارة، وهو مختص بالعيب، ولا يجري في خيار الاشتراط.

٩٧ ـ **قوله**: **(ويؤيده ما ورد من رواية ...الخ)**[٢].

أقول: التأييد بهذا الرواية موقوف على أمور:

أحدها: كون الثيوبة عيباً في الاماء، والمشهور خلافه وسيجيء[٣] البحث عنه.

الثاني: افادتها الحصر في الأرش، وهو ممنوع لقوة احتمال كون ذكره من باب ذكر أحد فردي التخيير كما في اطلاقات الأخبار المقتصرة على الرد فقط أو الأرش فقط.

الثالث: كونها ظاهرة في التصرف بالوطىء، وهو أيضاً ممنوع؛ فإنّه يمكن استكشاف عدم بكارتها بغيره، وقوله: (لم يجدها)[٤] أعم من ذلك، وحينئذٍ فاشكال عدم ذكر الرد مشترك الورود، ولا بدّ من الحمل على ما ذكرنا من كونه من باب ذكر أحد الفردين.

الرابع: دلالتها على كون اشتراط البكارة صريحاً، ويمكن منعه بأنْ يكون المراد أنّه كان بانياً على أنّها عذراء، لكن الانصاف ظهورها في ذكر الشروط.

❑ مسألة: اذا ظهر العيب تخير بين الرد والأرش

٩٨ ـ **قوله**: **(يوجب تسلّط المشتري ...الخ)**[٥].

أقول: يعني أنّ الأمر بيده إنْ شاء أمضى البيع وأخذ الأرش ولو قهراً على البائع، وإنْ شاء رده وفسخه، والظاهر أنّ ذمة البائع تصير مشغولة بالارش بعد اختياره، لا أنْ تكون مشغولة من الأول؛ إذ لا معنى للشغل التخييري، وكونها مشغولة مطلقاً

---

(١) ج ٢، تعليقة ١٠٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٤.
(٣) ج ٢، تعليقة ٢٧٣.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب احكام العيوب، ح ١.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٥.

وكون الفسخ مسقطاً للشغل خلاف ظاهرهم، مع أنَّ لازمه بقاء الشغل ما لم يفسخ؛ بحيث يكون معدوداً من جملة ديونه، ولا يلتزم به أحد، فالظاهر أنَّ الاختيار سبب للاشتغال، فاذا اختاره ثم عدل ففسخ يكون الفسخ مسقطاً، ويحتمل عدم الاشتغال الوضعي أصلاً، بأنْ يكون حكماً تكليفياً مخصاً، لكنه بعيد.

والتحقيق: عدم الشغل لا أولاً، ولا بعد الاختيار، وإنَّما له حق التغريم، وسيأتي تتمة البيان وما يترتب على ذلك إنْ شاء الله.

٩٩ ـ **قوله** ﵀: (**بل ما دلَّ على الأرش** ...الخ)[١].

أقول: بمعنى أنَّ موارد الأخبار صورة التصرف فهي ساكنة عن حاله قبل التصرف، بل يظهر من جملة منها التخصيص بما بعده كمرسلة جميل الآتية[٢] وغيرها.

١٠٠ ـ **قوله** ﵀: (**وإنْ شاء أخذه أو رده** ...الخ)[٣].

أقول: بناءً على زيادة الهمزة المعنى واضح، وأمَّا بناءً على عدم زيادتها فلا بدَّ من تقدير المعطوف عليه، أي وإنْ شاء أخذه بتمام الثمن من غير رجوع على البائع بشئ أو ردَّ عليه، أي رجع المشتري على البائع بالقيمة التي هي أرش العيب.

ويمكن أنْ يرجع الضمير المستتر إلى البائع فيكون التقدير إنْ شاء أخذه من غير أنْ يرد البائع عليه شيئاً أو ردَّ البائع عليه بأرش العيب، وعلى أي حال دلالته على ما ذكره المشهور واضحة، سواء كان التخيير بين الأمرين أو الأمور؛ إذ من المعلوم جواز الثالث، وهو عدم الفسخ وعدم الرجوع على البائع.

١٠١ ـ **قوله** ﵀: (**وقد يتكلّف** ...الخ)[٤].

أقول: بأنْ يدعي أنَّ المراد من الرد في الأخبار ردَّ البيع في الجملة، أعم من أنْ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٥.
(٢) تعليقة ٢٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٥.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٦.

يكون بالرجوع بتمام الثمن بأنْ يفسخ، أو بالرجوع بالأرش، فانَّ أخذ الأرش أيضاً ردٌّ للبيع في الجملة، حيث لم يبقه على حاله من مقابلة المبيع بتمام الثمن.

١٠٢ ـ **قوله** ﷺ: **(وأصعب منه ...الخ)**[١].

أقول: حاصل التوجيه أنّه يمكن تتميم مذهب المشهور بأنَّ وصف الصحة الفائتة بمنزلة الجزء الفائت، فكما أنَّ في فوات الجزء يسترجع مقدار ما يقابله فكذا في الوصف، فثبوت الأرش على القاعدة.

وأمّا جواز الرد فاثباته بأحد وجهين:

الأول: ما ذكره المصنِّف من كون فوات الوصف موجباً لتبعّض الصفقة، فله الرد لذلك وله بالامضاء بمقدار ما يقابل الموصوف وأخذ ما يقابل الوصف، فيكون تمام مذهب المشهور ثابتاً بالقاعدة.

الثاني: أنْ يقال إنَّ جواز الرد من جهة الأخبار والاجماع، وجواز أخذ الأرش للقاعدة؛ فيكون الدليل على مذهبهم ملفقاً من القاعدة والأخبار والاجماع.

١٠٣ ـ **قوله** ﷺ: **(وفيه منع المنزلة ...الخ)**[٢].

أقول: وأيضاً لازمه الالتزام بالأرش في سائر الأوصاف؛ إذ لا فرق بينهما وبين وصف الصحة ولا يلتزم به أحد، ودعوى أنّها خرجت بالاجماع كما ترىٰ، وكذا دعوى الفرق بحسب القاعدة، و أيضاً لازمه كون الأرش ثابتاً من أول الأمر؛ فيكون الامضاء بلا أرش من باب الابراء أو الهبة وليس كذلك.

١٠٤ ـ **قوله** ﷺ: **(ثم منع كون ...الخ)**[٣].

أقول: يعني إنْ سلّمنا أنَّ وصف الصحة بمنزلة الجزء نقول إنَّ الجزء إنّما يقابل بالثمن إذا لم يؤخذ على وجه الشرطية، وإلا فهو كسائر الشروط لا تقابل به، وفي المقام أخذ كذلك.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٦.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٦.

قلت: يمكن أنْ يدعى أنَّ الجزء يقابل به ولو كان على وجه الاشتراط، ففي بيع الأرض على أنَّها جربان معينة إذا خرجت أقل ينقص من الثمن ما يقابل النقصان؛ إذ المدار على العرف وهم يجعلون العوض في مقابل المجموع؛ ولذا لا نحكم بالمقابلة إذا اعتبر الوصف في عنوان المبيع على وجه الجزئية، كأنْ يقول هذا الموجود من العين الموصوفة، فانَّ إيراد البيع على الموصوف في عرض ايراده على الصفة، ومع ذلك لا يقابل بعوض.

وبالجملة لو قال «بعتك هذا الثوب بكذا على أنْ يكون معه الثواب الفلاني أيضاً» يقال في العرف أنَّ المبيع مجموعهما، فمع خروج الثاني مستحقاً للغير أو نحو ذلك يتبعّض الثمن، وهذا بخلاف الوصف بأي وجه اعتبر، فانَّه عندهم غير مقابل بالعوض.

نعم، لو قال «بعتك الموصوف» والصفة كانت مقابلة بالعوض، لكن المعاملة على هذا الوجه باطلة؛ إذ يعتبر في المبيع أنْ يكون عيناً، فلا يجوز بيع الأوصاف لا مستقلة ولا بعنوان الجزئية، هذا.

ويؤيد ما ذكرنا، بل يدل عليه خبر عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام (في رجل باع أرضاً على أنَّها عشرة أجربة فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة ؟ قال عليه السلام: إنْ شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإنْ شاء ردَّ البيع وأخذ ماله كله، إلا أنْ يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون فليأخذ، ويكون البيع لازماً عليه، وعليه الوفاء بتمام البيع، فانْ لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فانْ شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإنْ شاء ردَّ الأرض وأخذ المال كله)[١].

وأنَّ ظاهر الدلالة على التبعض في صورة الشرط المذكور، ولعلنا نتكلم على هذه المسألة بعد ذلك.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب الخيار، ح ١.

١٠٥ ـ قوله قدس سره**: (وبالجملة فالظاهر ...الخ)**[١].

أقول: العمدة في المسألة الاجماع إنْ تمّ كما ادعاه المصنّف، وفي الجواهر[٢] دعواة محصلاً ومنقولاً مستفيضاً صريحاً وظاهراً، وادعاه أيضاً سيد الرياض، فانْ تمّ وإلا فيشكل الحكم بالتخيير؛ إذ لا دليل على حجية الاجماع النقول، والرضوي لم يثبت خبريته لينجبر ضعفه بالشهرة.

نعم، عن الخلاف اسناد الحكم إلى الأخبار، فيمكن أنْ يقال إنّه خبر مرسل منجبر، لكن من المعلوم عدم عثوره على خبر غير ما بأيدينا، فلعله اجتهاد منه في فهمها، مع أنّه جعل الأرش بعد اليأس في غير موضع من مبسوطه كما نقل عنه المصنِّف، وهذا موهن لما نقله في الخلاف.

ويمكن أنْ يكون نظره في الخلاف إلى ثبوت الحكمين، أعني الرد والأرش في الجملة، واسناد هذا إلى الأخبار، فلا بدّ من المراجعة، وأما استنباط التخيير من الأخبار بالدعوى السابقة فقد عرفت صعوبته، وكذا التطبيق على القاعدة، فلم يبقَ إلا الاجماع المنقول المؤيد بالشهرة، هذا.

ويمكن أنْ يقال: إنّ التخيير المذكور مستفاد من قاعدة الضرر، بدعوى أنّ اللزوم بلا أرش حكم ضرري، ورفعه إما بالرد وإمّا بالأرش.

وفيه أولاً: النقض بسائر الخيارات التي يستدل عليها بقاعدة الضرر، فانّهم لا يقولون فيها بالأرش.

وثانياً: أنّ لازم ذلك كون الأمر إلى البائع، بمعنى أنّه إنْ أدّى الأرش فلا خيار للمشتري، وإلا فله الرد، وهذا خلاف مذهب المشهور؛ حيث إنّهم يقولون إنّ الأمر بيد المشتري، وأنّه يجوز له الزام البائع بالأرش.

وثالثاً: إنّ معنى الخبر أنّ الحكم الضرري مرفوع، والحكم الذي يوجب الضرر في مقامنا هو اللزوم، لا اللزوم بلا أرش؛ إذ لا مقتضى للأرش حتى يكون عدمه

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٦.

موجباً للضرر، فالمرفوع هو اللزوم، ولا دليل على ثبوت الأرش.

ورابعاً: أنّ الزام البائع بالأرش ضرر عليه، نعم لو لم يمكن الرد كما في صورة التلف أو التصرف الموجبين لعدم جواز الفسخ تجري قاعدة الضرر لا ثبات الأرش، فهذه القاعدة منطبقة على مذهب الشيخ لا المشهور.

ويمكن أنْ يقال: في توجيه مذهبهم أنّه مقتضى الجمع بين الأخبار؛ إذ هي بين ما دلّ على الرد مع السكوت عن الأرش ـ وهي كثيرة ـ وبين ما اطلق الأرش من غير ذكر للرد كرواية يونس المتقدمة[1] بناءً على عدم ظهورها في صورة التصرف، وكخبر عمر بن يزيد، قال: (كنت أنا وعمر بالمدينة، فباع عمر جراباً هروياً كل ثوب بكذا وكذا، فأخذوه فاقتسموه فوجدوا ثوباً فيه عيب، فقال لهم عمر: أعطيكم ثمنه الذي بعتكم به، قالوا: لا، ولكنا نأخذ منك قيمة الثوب، فذكر ذلك عمر لأبي عبدالله عليه السلام فقال: يلزمه ذلك)[2] بناءً على أنْ يكون المشار إليه بذلك قيمة الثوب، ويكون المراد من القيمة تفاوت ما بين الصحة والعيب، وعدم كون القسمة تصرفاً.

وكخبر السكوني (أنّ علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها رباً، فخاصمه إلى علي عليه السلام، فقال عليه السلام: لك بكيل الرب سمناً. فقال له الرجل: إنّما بعته منك حكرة. فقال له علي عليه السلام: إنّما اشترى منك سمناً، ولم يشترِ منك رباً)[3]، بناءً على أنّ يكون الرب مخلوطاً بالسمن، بحيث يعد عيباً فيه، وكون أخذ السمن بكيله من باب الأرش.

وأمّا الأخبار الدالة على تعين الأرش بعد التصرف فلا اشكال فيها للاجماع على الحكم المذكور فيها، فهي مخصصة لاطلاق الطائفتين من حيث التصرف وعدمه، وإنّما التعارض بين اطلاقي الطائفتين من حيث إنّ مقتضى الأولى تعين الرد إذا لم يتصرف، ومقتضى الثانية تعين الأرش، ومقتضى الجمع بينها الحكم بالتخيير بحمل كل منهما على بيان أحد الفردين.

---

(١) ج ٢، تعليقة ٩٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب الخيار، ح ٣.

أو يقال إنّهما يتعارضان فيحكم بالتخيير بينهما، ولازمه التخيير بين الرد والأرش بناءً على المشهور بين الأصوليين من كون التخيير بين المتعارضين تخيراً عملياً، لا فتوائياً.

وفيه: أنّ الجمع المذكور يحتاج إلى شاهد، وليس؛ إذ هو إمّا حكم العرف بارادة ذلك بعد ملاحظة الخبرين وهو ممنوع؛ إذ مثل ذلك يعد عندهم من المتعارضين، وإمّا النص الخاص وهو مفقود سوى الرضوي، وهو غير صالح لذلك، هذا.

مع أنّ الجمع غير منحصر فيما ذكر، بل يمكن بحمل الثانية على ما بعد التصرف، وهذا هو المتعين بمقتضى القاعدة لشهادة الأخبار المختصة بما بعده، خصوصاً مرسلة جميل[1] المفصلة بين الصورتين.

وأمّا الرجوع إلى التخيير بعد التعارض فمدفوعة ـ مضافاً إلى كونه مختصاً بما إذا لم يمكن الجمع، وهو في المقام كما عرفت ـ بأنّه فرع التكافؤ، وأخبار الرد أكثر وأصح، هذا مع ما عرفت من الاشكال في دلالة الفرقة الثانية.

والتحقيق: أنّ مقتضى ملاحظة الأخبار هو الحكم باختصاص الأرش بما إذا لم يمكن الرد من جهة التصرف أو غيره كما هو مذهب الشيخ في المبسوط، فانّ الظاهر أنّ اليأس عن الرد كناية عن عدم الامكان الأعم من الشرعي والعقلي، وحينئذٍ فانْ تمّ الاجماع فهو، وإلا فنرجع إلى مقتضاها، مع أنّ مقتضى الأصل أيضاً ذلك؛ لأنّ المقام من باب الدوران بين التخيير والتعيين، والأصل التعيين في مثل المقام، وإنْ لم نقل به في الأحكام التكليفية، ووجهه واضح هذا.

والتحقيق: عدم تمامية الاجماع، فلا بدّ من الأخذ بمقتضى الأخبار، هذا مع ما عرفت من انطباق قاعدة الضرر أيضاً على ذلك.

بل يمكن أنْ يدعى أنّ مقتضى القاعدة المتقدمة من كون وصف الصحة بمنزلة الجزء أيضاً ما ذكرنا من ترتب الأرش على عدم جواز الفسخ، بيان ذلك: أنّ الوصف وإنْ لم يكن جزء من العوضين حقيقة، ولا بمنزلته في كونه مقابلاً

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابوال الخيار، ح ٣.

بالعوض بحسب جعل المتعاقدين وانشائهما، بل العوض في مقابلة ذات الموصوف، وإلا لزم المفاسد المتقدمة، واللوازم التي لا يمكن الالتزام بها حسبما عرفت.

إلا أنّه مقابل بالعوض في عالم اللب، بمعنى أنَّ مقداراً من الثمن المجعول في مقابلة ذات الموصوف إنَّما يكون بلحاظ الوصف، وهذا معنى ما اشتهر بينهم من أنَّ للوصف والشرط والأجل قسطاً من الثمن؛ ولهذا لو فرض زوال الوصف الموجود حين البيع عند المشتري ثم فسخه هو أو البائع بخيار من الخيارات يرجع البائع عليه بعوض الوصف الفائت، وأيضاً لو فسخ البيع وكان فيه شرط الخياطة أو نحوها على أحدهما وكان الفسخ بعد العمل بالشرط يأخذ من عليه الشرط ممن له ذلك عوضه؛ لأنَّ الشرط كان بمنزلة الجزء من أحد العوضين، فاذا رجع العوض إلى مالكه الأول ولم يمكن رجوع الشرط لفرض العمل به يلاحظ قيمة ذلك الشرط، ويؤخذ ممن له الشرط.

فان قلت: إنَّما يؤخذ منه أجرة العمل لعوده إليه بالفسخ.

قلت: مقتضى القاعدة أخذ قيمة الشرط؛ لأنَّه الذي ضم إلى العوض لا قيمة العمل، مع أنَّه قد لا يكون هناك عمل له قيمة، كما إذا اشترط في بيع الدار بيع دكانه فباعه الدكان، ثم فسخ بيع الدار، فانَّ بيع الدكان يبقى صحيحاً، ويؤخذ منه ما يقابل هذا الشرط.

والحاصل: أنَّه لا ينبغي الاشكال في كون الوصف والشرط والأجل ونحوها موجبة لزيادة العوض في الطرف المقابل، فلها قسط من الثمن، فمقابلتها بالعوض ليست على حد مقابلة الجزء، وهذا المقدار من المقابلة يصحح جواز المطالبة بالأرش الذي هو عوض الوصف الفائت، لا بأنْ يكون مقدار من الثمن باقياً على ملك المشتري؛ إذ المفروض أنَّ تمامه انتقل إلى البائع في مقابلة ذات الموصوف، بل يطالبه بأنْ يغترم له عوض ما التزم على نفسه من ذلك الوصف الذي لا يمكنه تسليمه بنفسه؛ إذ المفروض عدمه مع كون المبيع شخصياً.

ثم إنَّه لا يلزم من البيان الذي ذكرنا إلا جواز المطالبة به، وأمّا تعين ذلك على البائع، بمعنى وجوب دفعه عند مطالبة المشتري فلا، بل يناط ذلك برضاه ما دام يمكن استرداد نفس الثمن بفسخ البيع؛ إذ الأرش في الحقيقة استرداد لمقدار المالية التي كانت في مقابل الوصف الفائت، وكما يمكن ذلك بدفع عوض ذلك الوصف المسمى بالأرش، كذا يمكن باسترداد تمام الثمن بفسخ البيع، والمفروض أنَّه لا مانع منه، فعلى البائع الالتزام بأحد الأمرين، إما الفسخ أو دفع الأرش.

وأما إذا فرض عدم امكان استرداد تمام الثمن لعدم جواز فسخ البيع كما إذا كان بعد التصرف أو التلف فيتعيّن الأرش؛ لأنَّ الاسترداد منحصر فيه بالفرض.

فان قلت: لازم هذا أنَّه لو رضي البائع بالفسخ بعد التصرف أيضاً أنْ لا يجوز اجباره على الأرش.

قلت: نلتزم بذلك، وهو الظاهر من مذهب الشيخ أيضاً، ولا ينافيه الأخبار أيضاً؛ إذ ما دلَّ منها على تعين الأرش بعد التصرف إنَّما هو بلحاظ حق البائع، وأنَّه لا يلزم برد جاريته عليه بعد الوطىء، فلو رضي بذلك فلا يتعين الأرش.

ومما ذكرنا من تطبيق الأرش على القاعدة ظهر سر تعدي الأصحاب عن باب البيع إلى باب الاجارة والصداق وغيرهما من اثبات الأرش، مع أنَّ النصوص مختصة بالبيع.

فان قلت: لازم ما ذكرت كون الأمر كذلك في تخلّف سائر الأوصاف غير وصف الصحة، مع أنَّهم لا يلتزمون به، حيث لا يقولون بالتخيير بين الرد والأرش، بل يعينون الأول.

قلت: نعم إلا أنَّه خرج بالاجماع، أو نقول إذا قلنا بتعين الأرش فيما إذا لم يمكن الرد، وفي تخلّف سائر الأوصاف والشرط يمكن الرد ولو بعد التصرف والتلف، ولو فرض مانع عن الفسخ في مقام نلتزم فيها أيضاً بالارش.

نعم يبقى أنَّه على ذلك ينبغي جواز المطالبة مع رضا البائع في صورة امكان

الفسخ كما التزمنا به في مقامنا، مع أنَّ ظاهرهم تعين الرد، لكن يمكن أنْ يقال محط نظرهم صورة عدم رضا البائع بدفع الأرش، وإلا فمع فرض رضا الطرفين به لا مانع منه.

فتحصل أنَّ مقتضى القاعدة الزام البائع بالأرش في صورة عدم امكان الرد، وجواز المطالبة به في صورة الامكان مع رضاه بالدفع.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ نظر المشهور أو بعضهم في التخيير الذي ذكروه إلى هذا المعنى، أي أنَّهم يقولون بجواز الرد والأرش كليهما، لكن مقيداً برضا البائع بالدفع، وإلا فمع عدم رضاه لا يلزم به إلا في صورة عدم امكان الفسخ، فتأمل فانَّه خلاف ظاهرهم، وإنْ كان احتماله موهناً للاجماع المدعى على مذهب المشهور.

وبالجملة: فمقتضى الأخبار والقواعد ما اختاره الشيخ، والاجماع على خلافه غير معلوم ، فتدبّر.

١٠٦ ـ **قوله** ﷺ: **(ينافيه اطلاق** ...الخ)[١].

أقول: لعل مراده من هذه الأخبار الفرقة الثانية التي ذكرها، وأمره بالفهم من جهة عدم ظهورها في الاطلاق كما عرفت، ولذا حكم في أول المسألة بأنَّ ما دلَّ على الأرش مختص بصورة التصرف المانع من الرد.

١٠٧ ـ **قوله** ﷺ: **(وقد عرفت أنَّ** ...الخ)[٢].

أقول: لا ينبغي الاشكال في أنَّ الخيار يثبت بمجرد العقد، وأنَّ ظهور العيب والغبن ونحوهما من أسباب الخيار كاشف فيترتب عليه أثره من الانفساخ بالفسخ والسقوط بالاسقاط قبل الظهور؛ وذلك لأنَّه الظاهر من الأخبار، وأنَّ العلم والوجدان فيها طريق كما هو كذلك في سائر المقامات، مع أنا لو قلنا أنَّ المقام من باب الشرط الضمني فأولى بذلك؛ إذ التخلّف ـ الذي هو السبب في الخيار ـ ثابت من الأول، بل لا معنى لكون الموجب ظهور التخلّف كما لا يخفى.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٧.

هذا، ولو جعلنا المدرك قاعدة الضرر فكذلك لأنَّ الملاك هو الضرر الواقعي، وهو موجود من أول الأمر، بل قد عرفت أنَّ الحكم كذلك في خيار الرؤية أيضاً، فانّها كاشفة ولو كان ظاهر الخبر موضوعيتها.

١٠٨ ـ **قوله**ﹰ: (**أنَّ استحقاق المطالبة** ...الخ)[١].

أقول: لا فرق بين الرد والأرش في امكان كونهما بعد الظهور؛ إذ يمكن أنْ يكون الاستحقاق ثابتاً بعد الاطلاع وإنْ كان المقتضي له انتفاء وصف الصحة، هذا وظاهر المصنِّفﹰ اشتغال الذمة بالأرش من حين العقد، وقد عرفت الاشكال في أصل ثبوت الشغل الوضعي فتأمل فانَّه يمكن أنْ يكون مراده من استحقاق المطالبة ما ذكرنا سابقاً[٢] من حق التغريم، لا الاشتغال الفعلي، وسيأتي[٣] منه التصريح بذلك، فانتظر.

١٠٩ ـ **قوله**ﹰ: (**هذا مضافاً إلى أنَّ الظاهر** ...الخ)[٤].

أقول: قد عرفت أنَّ هذا هو الظاهر من جميعها، فانَّ العلم والوجدان فيها طريقي لا موضوعي، وإلا فليس لنا خبر علق فيه الخيار على مجرد العيب من دون ذكر العلم والوجدان، فلو لم نقل بظهورهما في الطريقة، وجعلناهما من باب الموضوعية يشكل الحال.

١١٠ ـ **قوله**ﹰ: (**فلعل الظهور شرط** ...الخ)[٥].

أقول: إذا فرض ظهوره في سببية نفس العيب فلا بدَّ من الحكم على طبقه، ومجرد احتمال الشرطية لا يضر بالاستدلال، إلا أنْ يدعى أنَّ الحكم معلق في سائر الأخبار على العلم والوجدان، لكنك عرفت ظهورها في الطريقة.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٧.
(٢) ج ٢، تعليقة ٩٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٧، ٣٩٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٧.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٧.

١١١ ـ **قوله**ﷺ: **(هي القواعد ...الخ)**[١].

أقول: ومقتضاها عدم الثبوت إلا بعد الظهور؛ لأصالة عدم تأثير الفسخ، وأصالة عدم السقوط بالاسقاط قبله، مع أنَّ مقتضى العمومات اللزوم، خرج ما بعد الظهور وبقي ما قبله، هذا.

مضافاً إلى أصالة عدم ثبوت الخيار إلى حين الظهور، فانَّه مسبوق بالعدم الأزلي، وثبوته يحتاج إلى جعل شرعي، فيجري فيه أصل العدم.

ومن هذا يظهر ما في كلام المصنِّف؛ حيث إنَّ المستفاد منه أنَّ الأصل الموضوعي غير جارٍ، وأنَّه لا بدَّ من الرجوع إلى الأصل الحكمي في كل مقام، وأنَّه يختلف باختلاف المقامات، فانَّك عرفت جريان الأصل الموضوعي، ومع الاغماض عن ذلك يمكن نفي جميع الأحكام الثابتة للخيار بالأصل، ولا يتفاوت الحال بين الرجوع إلى الأصل الموضوعي والحكمي إذا جميع الأحكام مسبوقة بالعدم، فتأمل.

والتحقيق: ما عرفت استفادة الحكم من الأخبار، وعلى فرض اجمالها يجري أصل عدم الخيار، مضافاً إلى اقتضاء العمومات بناء على ما حققنا سابقاً[٢] من عدم الفرق بين قسميها من الاستمراري والأزماني.

نعم، مع الاغماض عن جميع ذلك المرجع أصل عدم تأثير الفسخ، وعدم السقوط بالاسقاط، وغير ذلك من الأحكام، ولعله إلى ما ذكرنا نظر في أمره بالفهم.

١١٢ ـ **قوله**ﷺ: **(والظاهر أنَّه مما لا خلاف فيه ...الخ)**[٣].

أقول: هو كذلك، لكن قال في الشرائع (فانْ ظهر به ـ يعني بالمبيع ـ عيب سابق على العقد فالمشتري خاصة بالخيار بين فسخ العقد وأخذ الأرش)[٤].

فربما يتوهم من قوله «خاصة» التخصيص، لكنه فاسد، فانَّ مراده أنَّ عيب

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٨.
(٢) ج ٢، تعليقة ٧٩٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٨.
(٤) شرائع الاسلام ٢: ٢٩٠.

المبيع يوجب خيار المشتري خاصة، ولم يتعرض لعيب.

ثم إنّ الوجه في تسرية الحكم إلى الثمن مع اختصاص الأخبار بالمبيع ـ مضافاً إلى عدم الخلاف، بل ظهور الاجماع، وقاعدة الضرر، وقاعدة تخلّف الشرط ـ قوة احتمال كون المبيع في الأخبار من باب المثال، سيما بملاحظة المناط، فانّه وإنْ لم يكن معلوماً إلا أنّه يكفي كونه مظنوناً، لا لأنّ الظن حجة، بل لأنّه قد يكون الظن بالمناط قرينة عرفية على المراد من اللفظ كما هو كذلك في المقام، فانّه قرينة على كون المبيع كناية عن العوض في البيع، سواء المبيع والثمن، وهذا هو العمدة، وإلا فالاجماع غير معلوم، ومقتضى القاعدتين جواز الفسخ، لا التخيير بينه وبين الأرش كما هو المدعى، ومقتضى ما عرفت من الاشكال في التخيير المذكور في المبيع عدم الحكم به في المقام بالأولى، فالتحقيق أنّ الأرش إنّما يثبت في الثمن إذا لم يمكن الرد.

بقي أمران:

أحدهما: هل يجري خيار العيب في بيع الكلي إذا كان الفرد المقبوض معيباً أم لا؟

الذي يقتضيه القاعدة أنْ يقال: إنّ له رد الفرد وابطال الوفاء؛ لأنّ الكلي ينصرف إلى الصحيح، لكن لا على وجه التقييد، بل على وجه تعدد المطلوب، أو لأنّ وصف الصحة كأنّه شرط ضمني على ما عرفت سابقاً، فلو رضي بالمقبوض كان له ذلك ولم يكن خارجاً عن المبيع، إلا أنّه يجوز له الرد؛ لأنّ الصبر على المعيب ضرر، ولأنّه خلاف شرطه، فله خيار تخلّف الشرط في الوفاء، وإذا فسخ الوفاء فيرجع المبيع كلياً.

وحينئذٍ له المطالبة بالبدل إنْ لم يكن متعذراً، وإنْ كان متعذراً فله الخيار في أصل البيع، لكن لا خيار العيب لعدم كون المبيع معيباً، بل خيار تعذّر التسليم، وليس له المطالبة بالأرش ولو مع تعذّر البدل؛ لعدم جريانه في غير خيار العيب، هذا.

ولكن يظهر من جماعة منهم في باب بيع الصرف جريان حكم العيب من فسخ أصل العقد في بيع الكلي، إمّا مطلقاً أو مع تعذر البدل، بل يظهر من بعضهم جريان الأرش أيضاً إذا لم يلزم الربا، كما إذا اختلف جنس العوضين، قال في الشرائع (إذا اشترى دراهم في الذمة بمثلها، ووجد ما صار إليه غير فضة قبل التفرق له المطالبة بالبدل... إلى أنْ قال: وإنْ لم يخرج بالعيب عن الجنسية كان مخيراً بين الرد والامساك بالثمن من غير أرش، وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعاً، وفيما بعد التفرق تردد)[١] انتهى.

فانّ الظاهر أنّ مراده من الرد رد أصل البيع بلا رد الفرد المقبوض، بقرينة قوله (وله المطالبة بالبدل ...الخ).

وأظهر منه ما عن العلامة في الارشاد في فرض المسألة (له الرد والامساك بغير أرش، والبدل وإنْ تفرقا)[٢]، وعن المبسوط والوسيلة تخييره بعد التفرق بين الرضا بالبيع والفسخ والابدال، وعن التذكرة والمختلف[٣] أنّه يطالب البدل، وليس له الفسخ إلا مع تعذر الابدال، وعن المختلف جواز أخذ الأرش أيضاً في مختلف الجنس حتى بعد التفرق.

قال في الجواهر (وهو المفهوم من عبارة القواعد، نعم عن المبسوط والخلاف والوسيلة اطلاق الامساك بلا أرش من غير تقييد بما إذا كانا متحدي الجنس، بل في الخلاف صرح بعدم الأرش حتى مع الاختلاف، لكن اشكالهما في الأرش إنّما هو من جهة كون جزء من أحد العوضين فيعتبر فيه قبض المجلس، فلا يجوز أخذه بعد التفرق، لا من جهة كون المبيع كلياً)[٤]، هذا.

وعن التذكرة أيضاً في باب السلم (أنّه لو كان الفرد المقبوض من المسلم فيه معيباً وتجدد عند القابض عيب يجوز له أخذ الأرش للعيب السابق؛ لأنّه إذا لم

---

(١) شرائع الاسلام ٢: ٣٠٤.
(٢) الارشاد ٣٦٩.
(٣) حكاه عنهم الجواهر ٢٤: ٢٤.
(٤) جواهر الكلام ٢٤: ٢٧.

يمكن رده بسبب العيب الحادث يصير كأنّه هو المبيع فيلحقه حكم المبيع الشخصي)[١].

وكيف كان فظاهر هؤلاء جريان خيار العيب في الكلي أيضاً إذا كان الفرد المقبوض معيباً، إمّا مطلقاً أو في الجملة، ولا وجه له كما عرفت[٢]؛ إذ المبيع ليس معيباً، بل الفرد الموفىٰ به معيب، وهذا لا يقتضي الخيار في أصل البيع إلا إذا تعذر الابدال، فيكون حينئذٍ من باب خيار تعذّر التسليم بعد فسخ الوفاء، ولعل نظرهم في ذلك إلى أنّ الكلي إذا تعين بالفرد فيكون مصب البيع ذلك الفرد، فيصدق أنّه مبيع معيب.

وفيه: ما هو واضح من المنع، هذا مع أنّ الأخبار كلها ظاهرة أو صريحة في المبيع الشخصي.

نعم، يمكن أنْ يقال: إنّ قولهعليه السلام: في صحيحة زرارة (أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ...الخ)[٣]، وقولهعليه السلام في مرسلة جميل (في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً ...الخ)[٤] أعم من الشخصي والكلي؛ لأنّه إذا أجرى البيع على الكلي وأخذ الفرد يقال في العرف أنّه اشترى، ألا ترىٰ أنّهم يقولون اشتريت هذا ولو كان البيع وارداً على الكلي.

ولعله إلى هذا نظر صاحب الجواهر، حيث قوّى هذا القول بعد ما ناقش فيه أولاً بما ذكرنا من عدم كون المبيع معيباً؛ لأنّه كلي، وله المطالبة ببدل الفرد، فانّه قال في باب الصرف في شرح عبارة الشرايع المتقدمة (نعم يمكن القول بثبوت الأرش فيهما ـ يعني في الصرف والسلم معاً ـ باعتبار تشخصه بالقبض فيشمله ما دلّ عليه في المبيع المعيب، ولا ينافيه جواز المطالبة بالبدل، اللهم إلا أنْ يقال: إنّ الأرش إنّما ثبت عوضاً عن وصف الصحة الذي لا يمكن تداركه إلا به لو كان

---

(١) التذكرة ١١: ٣٥٧، ليس هذا نص عبارته.

(٢) نفس التعليقة.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٣.

المبيع شخصياً، أمّا إذا كان كلياً فهو ممكن بالابدال، فلا يلزم به البائع ومن ذلك كانت المسألة محل تردد، وإنْ كان الأول أقوى إنْ لم يكن الاجماع على خلافه)[١].

وفي باب السلم أيضاً بعد ذكر جملة من الكلام قوى أخيراً التخيير بين الرد والابدال والأرش فراجع[٢].

والتحقيق: ما عرفت من عدم الجريان سواء تعذر البدل أو لا، وسواء حدث عيب عند المشتري أم لا؛ لأنّ حدوث العيب إنّما يمنع عن رد المبيع المعيب لا غير المبيع، والفرد المقبوض ليس مبيعاً، وإنْ كان منطبقاً عليه، فلا يشمله ما دلّ على أنّ المبيع إذا صار معيباً عند المشتري لا يرده على البائع، فنختار فيما فرضه التذكرة أنّه يرد الفرد على البائع، غاية الأمر أنّه يعطيه أرش العيب الجديد.

نعم، لو دلّ دليل على عدم جواز الرد حينئذٍ، أو قلنا إنّه يصدق عليه المبيع وجب القول بالأرش حسب ما ذكره العلامة؛ إذ يصير حينئذٍ كالمبيع الشخصي الذي لا يمكن رده، فانّ الصبر حينئذٍ على العيب ضرر عليه، ولا يمكن دفعه إلا بالأرش على ما هو الفرض، فتدبّر.

الثاني: لا اشكال في جريان هذا الخيار في جميع أفراد البيع؛ حتى الصرف والسلم، غاية الاشكال في ثبوت الأرش فيهما في بعض الصور، إمّا من جهة لزوم الربا، كما إذا كان العوضان من جنس واحد بناءً على كونه زيادة في أحد العوضين، وإمّا من جهة اعتبار القبض في المجلس إذا كان بعد التفرق، وللكلام على هاتين الجهتين مقام آخر، هذا.

وهل يجري في سائر المعاوضات من الصلح والاجارة ونحوهما أم لا ؟ مقتضى القاعدة عدم الجريان لاختصاص الأخبار باب البيع، فلا وجه للتعدي إلى سائر الأبواب، إلا أنْ يدعى تنقيح المناط القطعي، وهو كما ترىٰ، أو يدعى أنّ لفظ البيع والمبيع كناية عن مطلق المعاملات والأعواض؛ بحيث يكون الأخبار ظاهرة

---

(١) جواهر الكلام ٢٤: ٢٨.
(٢) جواهر الكلام ٢٤: ٣٣١.

في إرادة المثالية، وفيه ما لا يخفىٰ.

أو يدعى أنَّ حكم الرد والأرش على الوجه المقرر في هذا الخيار على طبق القاعدة، وهو ممنوع على طريقة المشهور من كون الأمر بيد المشتري في الزام البائع بأحد الأمرين، نعم على ما قررنا يمكن تطبيقه على القاعدة، لكن لا بجميع الخصوصيات المذكورة في باب البيع.

والحاصل: أنَّ هذا الخيار على الوجه المقرر في باب البيع على خلاف القاعدة لا بدَّ من الاقتصار فيه على مورد الاجماع والأخبار، نعم يمكن اثبات جواز الفسخ في سائر الأبواب بقاعدة الضرر بناء على تماميتها، أو بقاعدة تخلف الشرط إنْ ارجعنا وصف الصحة إلى الشرط الضمني كلية، وإلا ففي صورة الرجوع خاصة، هذا.

ولكن يظهر من الفقهاء التعدي إلى بعض الأبواب الأخر، فيظهر من جماعة تعديته إلى باب الاجارة، فانَّهم ذكروا أنَّه لو وقف المؤجر على عيب في الأجرة أو كانت معيبة كان له الرد والأرش على حسب العيب في ثمن المبيع، وفي الجواهر (بلا خلاف أجده ولا اشكال بناء على عدم اختصاص حكم العيب بالبيع)[1].

وذكروا فيما لو وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً أنَّ له الفسخ، وعن الغنية[2] الاجماع عليه، وعن التذكرة (لا نعلم فيه خلافاً إذا كان مما يتفاوت به الاجرة)[3].

نعم لو لم يتعرضوا للأرش إلا في اللمعة حيث قال: (وفي الأرش نظر)[4]، وعن جامع المقاصد (الأصح وجوب الأرش)[5]، وفي مقام آخر (لا استبعد ثبوت

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٢٢٢.
(٢) غنية النزوع ٢٨٧.
(٣) التذكرة ٢: ٣٢٢.
(٤) اللمعة الدمشقية ١٤٢.
(٥) جامع المقاصد ٧: ١٤٣.

الأرش)[١]، وعن المسالك[٢] استيجاهه، وعن الروضة[٣] استحسانه.

وذكروا في باب المهر أنّه لو وجدت المرأة بالمهر عيباً سابقاً كان لها رده بالعيب والرجوع إلى القيمة، ولها امساكه بالأرش، وفي الجواهر (بلا خلاف أجده فيه، هذا في العيب قبل العقد، ولو كان حادثاً بعد العقد فعن جماعة أنّه كذلك)[٤]، وفي الشرايع (لو قيل ليس لها القيمة، وإنّما له عينه وأرشه كان حسناً)[٥]، وعن القواعد (أنّه الأقرب)[٦]، إلى غير ذلك مما يظهر للمتتبع، والتحقيق ما عرفت.

❁ ❁ ❁

---

(١) جامع المقاصد ٧: ١٤٣.
(٢) مسالك الافهام ٥: ٢٢٠.
(٣) الروضة البهية ٤: ٣٥٢.
(٤) جواهر الكلام ٣١: ٤١، ليس نص عبارته.
(٥) شرائع الاسلام ٢: ٥٤٧.
(٦) القواعد ٢: ٣٧.

مسقطات خيار العيب

○ يسقط الرد بأمور:

❑ الاول: التصريح بالتزام العقد

١١٣ ـ **قوله**ﷺ: **(فالظاهر عدم سقوط** ...الخ)[1].

أقول: يعني ويحتمل السقوط بدعوى أنّ اطلاق الالتزام بالعقد على ما هو عليه من كون المبيع معيباً فهو في قوة اسقاط حقه من قبل العيب، والتحقيق أنّه يختلف المقامات، فقد يفهم منه ذلك، وقد يفهم منه مجرد عدم الرد.

١١٤ ـ **قوله**ﷺ: **(فلا يبعد سقوطه** ...الخ)[2].

أقول: وجهه أنّ الأرش ليس أمراً خارجاً عن الخيار وزائداً عليه، بل نحو وجود خيار العيب هو التخيير بين أمور ثلاثة، الالتزام بالمعيب، والرد، والأرش، لا أنْ يكون الخيار في المقام كالخيار في سائر المقامات، بمعنى مالكية الفسخ والامضاء، ويكون الأرش أمراً زائداً منه ثابتاً في المقام بالدليل، فهو في المقام بمعنى مالكية الفسخ أو الأرش في مقابل الامضاء.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٩.

❑ الثاني: التصرف

١١٥ ـ **قوله**ﷺ: **(الثاني التصرف** ...الخ)[١].

أقول: التحقيق أنَّ التصرف ـ بما هو تصرف ـ ليس مسقطاً في المقام، وإنْ قلنا به في خيار الحيوان، نعم لو كان مغيراً للعين كما إذا خاط أو صبغ أو قطع الثوب أو نحو ذلك من أنحاء تغيير المبيع فهو مسقط، لكن لا من حيث إنَّه تصرف؛ ولذا لو تغير المبيع بغير التصرف، أو بتصرف الأجنبي كفى في سقوط الرد، فالمدار على حدوث التغير، فالأولى أنْ يجعل المسقط الثاني حدوث التغير عند المشتري، سواء كان بالتصرف أو بغيره، والدليل على كونه مسقطاً الصحيحة والمرسلة.

وأما مع عدم حصول التغير فانْ قصد به انشاء الاسقاط بحيث رجع إلى الاسقاط الفعلي كان مسقطاً أيضاً، لا من حيث إنَّه تصرف، بل من حيث إنَّ الاسقاط أعم من القولي والفعلي، ويكفيه ما دلَّ على كون الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط بعد صدقه على الفعلي أيضاً؛ إذ لا دليل على اعتبار اللفظ فيه.

وأمَّا التصرف المجرد عن القصد المذكور ـ بما هو تصرف ـ فليس مسقطاً على حدة؛ لعدم الدليل عليه، مضافاً إلى الدليل على العدم من اطلاقات الرد، خصوصاً ما ورد في رد الجارية بعد ستة أشهر بسبب عيب عدم الحيض.

وأمَّا ما ذكر وجهاً لكونه مسقطاً فليس بتمام؛ إذ هو إمَّا الاجماعات المنقولة.

وفيها أولاً: أنَّ المختلف مخالف كما ينقل عنه المصنف، بل الاسكافي أيضاً.

وثانياً: أنَّ القدر المتيقن من مورد الاجماع ما إذا رجع إلى التغير وحدوث الحدث فيه، أو كان بقصد الاسقاط كما يظهر من ملاحظة كلماتهم على ما نقله المصنف عنهم فلاحظ، ولو فرض كون معقد الاجماع مطلقاً في بعض الكلمات نقول إنَّه اجماع منقول وليس بحجة.

وإمَّا الصحيحة والمرسلة، وفيهما أنَّه لا دلالة فيهما كما لا يخفى؛ إذ جعل

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٧٩.

المدار في الأولى على حصول التغير في المبيع، إذ هو الظاهر من قوله عليه السلام (فأحدث فيه شيئاً)[١]، وفي الثانية[٢] على قيام العين وعدمه، فلا دلالة فيهما على كون التصرف من حيث هو مسقطاً.

وإمّا دعوى عموم التعليل في خبر خيار الحيوان وفيه ما عرفت سابقاً من كون المراد منه التنزيل منزلة الرضا تعبداً، ومعه لا يمكن التعدّي، وعلى فرض إرادة التعليل بالدال على الرضا لا عموم فيه يشمل سائر الخيارات، فراجع ما ذكرناه في خيار الحيوان[٣].

إذا عرفت ذلك فأقول: إنْ كان مراد المصنف من التحقيق الذي ذكره ما ذكرنا فهو، وإنْ كان مراده أنَّ التصرف الدال على الرضا نوعاً مسقط وإنْ لم يكن بقصد الاسقاط والالتزام فعلاً فلا دليل عليه لما عرفت.

١١٦ ـ **قوله رحمه الله: (لكن إقامة البينة ...الخ)**[٤].

أقول: مع أنَّ الموجود في خبر خيار الحيوان أحدث حدثاً، وفي المقام أحدث شيئاً، والفرق بينهما واضح، وأيضاً يمكن أنْ يقال: إنَّ المرسلة علقت الحكم على قيام العين وعدمه، فهي مفسرة للحدث في الصحيحة، فتدبّر.

١١٧ ـ **قوله رحمه الله: (فانَّ تعليله عدم سقوط ...الخ)**[٥].

أقول: الانصاف أنَّ العبارة المذكورة ظاهرة في كون التصرف مسقطاً تعبداً، لا من باب الدلالة على الرضا؛ وذلك لأنَّه لم يفرق بين ما قبل العلم بالعيب وما بعده، مع أنَّه قبل العلم لا يكون دالاً على الرضا.

وأمّا التعليل المذكور فلا دلالة فيه أصلاً؛ إذ مع كون التصرف مسقطاً تعبدياً أيضاً يصح توهم سقوط الأرش من باب الدلالة على الرضا، ودفعه بما ذكره من

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٣.
(٣) ج ٢ تعليقة ٦٣٣ وما بعدها.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٨٢.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٨٣.

عدم الدلالة، فتدبّر.

□ الثالث: تلف العين

١١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ومما ذكرنا ظهر أنَّ عدَّ انعتاق ...الخ)**[1].

أقول: يظهر من المصنِّف أنَّ انعتاق المبيع على المشتري من باب المسقطات، غاية الأمر أنَّه ليس مسقطاً برأسه، بل داخل في عنوان التلف، مع أنَّه في خيار المجلس جعله من موارد الاستثناء، ولم يجعله من باب المسقطات، فتدبّر، وليراجع ما ذكرناه هناك في بيان الفرق بين المسقط والمستثنى.

١١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنَّه لو عاد الملك إلى المشتري ...الخ)**[2].

أقول: التحقيق أنَّ التدبير والوصية والبيع قبل تماميته ـ بأنْ كان مشروطاً بقبض المجلس ولم يحصل بعدُ، كالصرف والسلم ونحو ذلك ـ لا يسقط الخيار إلا إذا أنشأ بها اسقاط الخيار؛ بحيث رجع إلى الاسقاط الفعلي، وأما مع عدم قصد الاسقاط فلا مانع من الرد، إذ المسقط أحد أمرين، إمَّا عنوان تغير المبيع، أو عنوان عدم قيام العين، أمَّا الأول فالمفروض عدمه؛ لأنَّ المبيع بعدُ بحاله، وأمَّا الثاني فكذلك، لأنَّها قائمة بعينها ولم تخرج عن ملكه، فلا تعد تالفة، ولا بحكم التلف.

بل التحقيق: أنَّه لو نقل بعقد خياري، بل بعقد لازم وفسخ بالخيار أو بالاقالة أو نحو ذلك، أو اشترى ثانياً أو انتقل إليه بالارث أو نحو ذلك يعود خياره؛ لأنَّ الظاهر أنَّ وجه سقوط الخيار لزوم الضرر على البائع في الانتقال إلى البدل، والمفروض عدمه ؛ فيصدق أنَّ العين قائمة بعينها، خصوصاً إذا كان ذلك قبل الاطلاع على العيب، وخصوصاً إذا قلنا بحدوث الخيار بعد ظهوره.

ودعوى أنَّ الظاهر من قيام العين بعينها بقائها في ملكه من أول العقد إلى حين الفسخ كما ترى.

نعم، لو كانت قائمة بعينها في ملك غيره حين الفسخ لا ينفع هذا المقام؛ إذ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٩٠.

الظاهر قيامها بعينها في ملكه وعنده حين الفسخ، ولا يلزم مما ذكرنا وجوب تحصيلها بالفسخ أو الشراء أو نحوهما إذاكانت خارجة عن ملكه، وذلك لأنا نقول يصدق القيام على فرض كونها في ملكه وإنْ خرجت عنه سابقاً، لا أنّها في حال كونها في ملك الغير يصدق أنّها قائمة بعينها، فجواز الفسخ مشروط بفسخ العقد أو الشراء أو الارث أو نحو ذلك من انحاء التملك، فتدبّر.

ولا يضرنا مخالفة المشهور، بل الجمهور إذا لم يكن اجماعاً كاشفاً كشفاً قطعياً، فالأقوى ما ذكرنا.

❑ فرع: في وطيء الجارية

١٢٠ ـ **قوله**: **(فرع: لا خلاف** ...الخ)[1].

أقول: الأولى أنْ يعد الوطيء مسقطاً مستقلاً؛ لأنّه ليس من باب التصرف، ولا داخلاً تحت عنواني التغير وعدم قيام العين على التحقيق؛ إذ لا وجه لكلام الاسكافي.

وظهر مما بيّنا هنا وسابقاً أنّ الأولى في تعداد المسقطات أنْ يقال:

أحدها: الاسقاط قولاً أو فعلاً.

الثاني: شرط سقوطه في ضمن العقد.

الثالث: تغير المبيع بحيث يصدق أنّه حدث فيه شيء، سواء كان بالتصرف أو بغيره.

الرابع: التلف وما بحكمه مما يصدق عليه عدم قيام العين بعينها، ويمكن جعلهما أي الثالث والرابع واحداً.

الخامس: الوطيء.

وأمّا حدوث العيب عند المشتري فيدخل تحت عنوان التغير ومن الغريب عده مسقطاً مستقلاً، وعدم عد الوطيء كذلك، مع أنّه أولى بذلك كما لا يخفىٰ.

ثم لا يخفىٰ أنّ في ما عدا الأولين إنّما يسقط جواز الزام البائع بالرد، وإلا فلو

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩٠.

رضي البائع بالتغير أو بالبدل أو بالجارية الموطوءة فيبقى تخيير المشتري بحاله.

والحاصل: أنّ سقوط الرد إنّما هو لمراعاة حق البائع، فمع رضاه يبقى الخيار على حاله، وليس حكماً تعبدياً قهرياً عليهما، فتدبّر.

١٢١ ـ **قوله**﵀: **(بأنّ الوطىء جناية ...الخ)**[١].

أقول: فيه ما لا يخفىٰ فأنّه ليس جناية قطعاً، إلا إذا كانت بكراً وافتضها، كيف؟ ولو كانت جناية لم يكن فرق بين وطىء الحرة والمملوكة، فكان الواجب في وطىء الحرة أيضاً مع اكراهها ذلك، وأيضاً لا فرق في كونه جناية بين القبل والدبر، فكان الواجب اثبات الأرش إذا وطىء عبد الغير، وأيضاً إذا زنى بجارية الغير، فوجوب الأرش محل اشكال عندهم، خصوصاً إذا كانت عالمة مطاوعة، ولو كان من باب الجناية كان الأرش بمقتضى القاعدة.

والحاصل: أنّه لا ينبغي التأمل في عدم كونه من باب الجناية، وأمّا ما ذكره ابن الجنيد فهو أيضاً فاسد كما لا يخفىٰ، وما أدري أي حاجة إلى التمسك بهذه الوجوه الفاسدة مع ورود النصوص الصحيحة الصريحة.

١٢٢ ـ **قوله**﵀: **(ويشير إليه ...الخ)**[٢].

أقول: لا أفهم هذه الاشارة، بل الانصاف أنّ هذه الروايات مشيرة إلى عدم كونه من باب الجناية؛ إذ التعبير بالأجر يكشف عن أنّ ذلك من جهة الانتفاع بالبضع، لا من جهة كونه غرامة للجناية، ويشير إلى ما ذكرنا ما ورد في بعض أخبار وجوب الأرش إذا وطىء جارية الغير من قولهعليه السلام: (بما استحل من فرجها)[٣]، فانّه ظاهر في أنّ ذلك عوض المهر وبمنزلته، فلا دخل له بالجناية.

١٢٣ ـ **قوله**﵀: **(وهذا إنّما وقع ...الخ)**[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٩١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ٧.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٩١.

أقول: الظاهر أنَّ مراد المصنِّف‌ﷺ أنَّ هذا البيان من الامام ـ مع أنَّ اعطاء الأجر ليس مما يكون من المستنكرات التي تحتاج إلى الاستعاذة بالله من اثباته، وذلك لوروده في المتعة، وثبوته في وطيء الجارية الحبلىٰ، وفي وطيء جارية الغير بالعقد عليها بلا اذن من مولاها، أو بالشراء فضولاً ونحو ذلك ـ إنَّما وقع مبنياً على مذاق الرعية؛ حيث إنَّهم يستنكرون ذلك، فالحكم الشرعي في خصوص المقام لما كان عدم ثبوت الأرش فبين الحكم الواقعي ببيان يطابق مذاقهم، فقد اتقى في كيفية البيان، لا في أصل الحكم، هذا.

ولكن في الجواهر (أنَّ هذا ردٌّ على بعض العامة القائلين برد الجارية الغير الحبلىٰ مع الأجر إذا وطئت)[١]، فلا ينافي ثبوت الأرش في صورة كونها حبلى إذا ردت بعيب الحبل، فعلى بيانه يكون الاستعاذة في اثبات الأرش في خصوص غير الحبلىٰ، وليس الامامﷺ بصدد الاستنكار في اثبات الأجر من حيث هو كلية؛ حتى يكون منافياً للحكم به في سائر المقامات.

١٢٤ ـ **قولهﷺ: (ففي النصوص المستفيضة كفاية ...الخ)**[٢].

أقول: نعم، والظاهر منها كون الوطيء مسقطاً بما هو هو، لا من حيث كشفه عن الرضا، ولا من حيث كونه موجباً للتغير وعدم قيام العين.

والظاهر أنَّه لا فرق بين الوطيء في القبل والدبر لصدق الوطيء على الثاني أيضاً حقيقة، مع أنَّ في بعض هذه الأخبار التعبير بالوقوع عليها، وهو صادق مع الوطيء في الدبر قطعاً، ودعوى الانصراف كما ترىٰ، هذا.

ولو وطئها غير المشتري بالتحليل منه أو بالعقد عليها باذنه أو بالزنا فهل هو كوطيه أو لا؟ فيه اشكال لعدم شمول الأخبار إلا رواية معاوية بن ميسر فانَّه عبّر فيها بقولهﷺ (إذا وطئت)[٣]، فيمكن الأخذ باطلاقه، ويمكن تنزيله على وطيء

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٥٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٩١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٨، ولكنها عن محمد بن ميسر.

المشتري؛ لأنّه الفرد الغالب، وعلى هذا يمكن أنْ يقال إنّ التقييد بالمشتري في سائر الأخبار من باب كونه الفرد الغالب، فالانصاف أنّ المسألة مشكلة، ومقتضى الأصل بقاء الخيار، هذا إذا قلنا بعدم كون التصرف الغير المغير مسقطاً، وإلا فالتحليل والتزويج كافيان في اسقاط الرد.

ثم إنّه لا اشكال في أنّ مقدمات الوطيء من التقبيل واللمس والنظر إلى العورة والاضطجاع معها في لحاف واحد ونحو ذلك ليست ملحقة بالوطيء في المسقطية التعبدية، وإنْ كانت مشتركة معه في المناط الظني الذي هو العار على المولى البائع، مع امكان أنْ يقال إنّ المناط احتمال صيروتها بالوطيء حاملاً من المشتري وأم ولد له ،وبالجملة ففي الحكم التعبد لا بدّ من الاقتصار على مقدار الثبوت.

ثم إنّ الظاهر كما أشرنا سابقاً أنّ مانعية الوطيء من الرد إنّما هو لمراعاة حق البائع، فلو رضي بالجارية الموطوءة عاد تخيير المشتري بين الرد والأرش، والنهي في الأخبار في مقام توهم جواز الاجبار ، فتدبّر فانّ مقتضى قولهﷺ (معاذ الله ...الخ) عدم جواز الرد أصلاً لمكان استلزامه اثبات الأجر لها.

ثم إنّه لا فرق بين كون الوطيء قبل العلم بالعيب أو بعده، وكذا بين كونه مع الالتفات إلى كونها الجارية المشتراة أو بظن أنّها جارية أخرىٰ له، أو ظنها زوجته، وكذا بين كونه في حال اليقظة أو النوم، بأنْ أدخلت الجارية فرجه في فرجها، إلى غير ذلك، كما إذا كانت صغيرة غير قابلة للوطيء أو كبيرة، وكذا لو كان المشتري صغيراً، بأنْ اشترى له وليه.

تنبيه:

الظاهر اختصاص المسقطية بخيار العيب، فلو كان للمشتري خيار آخر لا يسقط بالتصرف، كما إذا كان له خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط وقلنا إنّ الوطيء لا يسقطه من حيث هو، بأنْ قلنا إنّ المسقط لخيار الحيوان التصرف الدال على الرضا فعلاً أو نوعاً، وكان الوطيء في حال الغفلة أو الاشتباه، فالظاهر جواز

الرد بذلك الخيار، وسقوط خيار العيب لا يستلزم سقوطه، بل وكذلك إذا حدث بعد الوطىء في زمان الخيار الذي يكون فيه عهدة المبيع على البائع عيب آخر لا يكون ذلك الوطىء مانعاً من الرد به، وقوله عليه السلام (معاذ الله ...الخ) ليس ناظراً إلى الرد بسائر الخيارات، أو بالعيب الحادث إذا قلنا بكونه كالعيب السابق في اثبات الخيار، نعم لو كان الوطىء بعد ذلك العيب كان مانعاً من الرد به أيضاً.

١٢٥ ـ **قوله قدس سره: (خلافاً للمحكي عن الاسكافي ...الخ)**[١].

أقول: الانصاف أنَّ عبارته المحكية ليست ظاهرة في الخلاف، فانَّ موضع الظهور قوله (فانَّ كان العيب ظهور حمل من البائع)[٢] حيث قيد الحمل بكونه من البائع، ويمكن أنْ يكون فرض فيما لو لم تكن بذلك في حكم أم الولد، كأنْ يكون الوطىء في غير حال الملك، وقلنا باعتباره في صيرورتها أم ولد، أو كان الحمل بالمساحقة أو نحو ذلك.

ويحتمل أنْ يكون مراده كون الحمل عند البائع لا منه، فانَّ مقتضى سياق كلامه كون المفروض صحة البيع، وكون الرد من باب العيب لا من جهة بطلان البيع، وكذا لا ظهور لعبارة النهاية في الخلاف؛ فانَّ التعبير بلزوم الرد أعم من ذلك، فلعله يقول في صورة ظهور عيب الحبل بوجوب الرد تمسكاً بظاهر الأخبار، فتأمل. نعم، عبارة الوسيلة صريحه في الخلاف، فتأمل.

١٢٦ ـ **قوله قدس سره: (والانصاف أنَّ ظاهر ...الخ)**[٣].

أقول: التحقيق يقتضي ما ذكره المشهور، وظهور الأخبار فيما ذكروه كالنور على الطور؛ وذلك لأنَّ صحيحة عبدالله بن سنان من حيث اشتمالها على قول علي عليه السلام (لا ترد التي ليست بحبلىٰ ...الخ)[٤] لا يمكن حملها على ما ذكره الجماعة من بيع أم الولد؛ لأنَّ كلام علي عليه السلام يكون صريحاً في مسألة الرد بالعيب من جهة الخيار،

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩٥.
(٢) حكاه عنه المختلف ٥: ١٧٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٩٦، في نسخة اشار اليها في الحاشية.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

فلو كان المراد من صدر الرؤية الرد من جهة كون البيع باطلاً، والجارية أم ولد كان ذكر كلام عليّ عليه السلام لغواً؛ إذ لا دخل له بمسألة بيع أم الولد، ولا يمكن الاستشهاد به على بطلان البيع مع كونها أم ولد؛ فانّ عدم جواز الرد بالعيب مع الوطىء بسبب الخيار لا يكون شاهداً على بطلان بيع أم الولد.

ودعوى أنّه لدفع توهم جريان الحكم في غير الحبلىٰ كما ترىٰ؛ إذ لا محل لهذا التوهم أصلاً، مع أنّه على هذا لم يكن وجه للتخصيص بما إذا وطئها، ولا بصورة العيب، ولعمري إنّ هذا من الوضوح بمكان.

وعلى ما ذكرنا من إرادة عدم مانعية الوطىء من الرد بالعيب فيكون الاستشهاد بكلام عليّ عليه السلام في محله، فانّه إمّا يكون المراد أنّ مفهوم كلامه عليه السلام دال على جواز الرد في الحبلىٰ، فغرض الامام عليه السلام الاستشهاد بمفهومه، وإمّا يكون غرضه عليه السلام أنّ ما قرع سمعك من جكم عليّ عليه السلام بعدم جواز الرد مع الوطىء إنّما هو فيما لم تكن حبلىٰ، فلا يشمل ما ذكرت من جواز الرد إذا كانت حبلىٰ.

وكذا رواية عبدالملك فانّها أيضاً ظاهرة في غير أم ولد؛ وذلك لأنّ المراد من عدم الرد ـ في التي ليست بحبلىٰ ـ عدم الرد بسبب الخيار، فيكون المراد من الرد في الحبلىٰ أيضاً ذلك، لا الرد بسبب البطلان.

وهاتان الروايتان شاهدتان على بقية الروايات، مع أنّ ظاهرها في حد أنفسها أيضاً الرد بخيار العيب، لا الرد بسبب بطلان البيع، وإلا لم يكن وجه للتقييد بالوطىء، وكان المناسب أنْ يقول «فبان أنّها أم ولد»، مع أنّا لو فرضنا اجمال بقية الروايات وعدم ظهورها في مذهب المشهور، بل ولو قلنا بظهورها في كون المراد بيع أم الولد وبطلانه من هذه الجهة يكفينا في اثبات المدعى أحدى الروايتين الأوليتين، فضلاً عن كلتيهما، المعتضدتين بفهم المشهور وعملهم، فانّ عدم كون بقية الروايات من أخبار هذه المسألة وظهورها في عدم صحة بيع أم الولد لا يضر بدلالة الروايتين، وذكر العلماء لها في باب واحد لا يدل على كونها متحدة المراد، مع أنّه لو كان دليلاً فهو يؤيد المدعى لذكرهم لها في هذا الباب، لا في باب بيع أم

الولد.

ومما ذكرنا ظهر أنَّ هذه الأخبار أخص مطلقاً من أخبار مانعية مطلق التصرف لو ثبتت هذه الأخبار، ومن أخبار الوطيء، فلا بدَّ من تخصيصهما بها؛ وذلك لظهور هذه الأخبار في كون الحمل من غير المولى، وصراحتها في الوطيء.

وعلى تقدير تسليم كون النسبة بينها وبين أخبار الوطيء عموماً من وجه، بدعوى أنَّ هذه الأخبار خاصة بالحبل، وعامة من حيث كونه من المولى وغيره، وأخبار الوطيء عامة من حيث الحبل وعدمه، وخاصة بما إذا كان الحبل على تقديره من غيرالمولى؛ لأنَّه إذا كان من المولى لا يناسب حكمها بعدم جواز الرد ووجوب الأرش؛ إذ البيع حينئذٍ باطل، فبقرينة الحكم نقول باختصاصها بالحبل من غير المولى البائع، إلا أنَّها عامة، وقد خصصت بذلك بدليل من خارج، فانَّه بعيد.

نقول إنَّ أخبارنا في حكم الأخص المطلق، وذلك لعدم إمكان تخصيصها بصورة الحبل من المولى بحيث تكون أم ولد كما عرفت، فهي ناصّة في شمول الحبل من غير المولى، فلا بدَّ من تخصيص أخبار الوطيء بها، كما هو مقتضى القاعدة في العامين من وجه إذا كان أحدهما نصاً في إرادة مورد الاجتماع، هذا.

والتحقيق: ما ذكرنا أولاً من كون النسبة عموماً مطلقاً؛ وذلك لبعد إرادة الأعم من البطلان والفسخ من لفظ الرد؛ وإنْ كان الجامع موجوداً، فهي إمَّا واردة لبيان بطلان بيع أم الولد، ويكون المراد من الرد الرد بسبب البطلان، أو لبيان جواز الفسخ بالعيب، فيكون المراد الرد بسبب الخيار، وإرادة الأعم بعيد غايته، والمفروض عدم امكان إرادة خصوص الأول لما عرفت من لزوم لغوية نقل كلام علي، فلا بدَّ من تخصيصها بما إذا لم تكن الجارية أم ولد، وحينئذٍ فتكون أخص من أخبار الوطيء.

ثم إنَّه ظهر مما ذكرنا أنَّ الأمر دائر بين أحد التقييدين، لا الاطلاق والتقييد حسبما يظهر من المصنِّف، وأنَّ المتعين هو التقييد بكون الحبل من غير البائع،

أو منه مع كون الولد مملوكاً، أو حراً يجوز بيع أمه فلا بأس بلزوم مخالفات الظواهر التي جعلها المصنِّف مرجحة للقول الآخر؛ إذ بعد كون هذه الأخبار أخص مطلقاً أو في حكمه فنلتزم بتخصيص القواعد والعمومات بها.

هذا مع امكان الخدشة في كل واحد منها في حد أنفسها؛ مع قطع النظر عن صلاحيتها للترجيح وعدمه:

إذ في الوجه الأول أنّه بعد ظهور هذه الأخبار في كون الحبل من غير البائع لا مانع من كون الأمر بالرد فيها في مقام دفع توهم الحظر، فلا ظهور فيه في الوجوب حتى يلزم من حملها على قول المشهور طرحه، مع أنّ ظهور الجملة الخبرية في الوجوب أول الدعوى، هذا.

مضافاً إلى أنّ الطلب المستفاد من هذه الجمل، بل الأوامر والنواهي للارشاد، سواء حملناها على مذهب المشهور أوعلى مذهب الجماعة، فعلى الأول إرشاد إلى ثبوت الخيار، وعلى الثاني إلى بطلان المعاملة، وردّ العشر ونصفه أيضاً للارشاد إلى استحقاق البائع له، وهذا هو الشأن في جميع الأوامر والنواهي المتعلقة بأبواب المعاملات إلا ما شذ، وحينئذٍ فحملها على مذهب المشهور لا يستلزم طرحاً لظاهر أصلاً، هذا.

ولو سلمنا أنّ الأمر دائر بين الاطلاق والتقييد بكون الحمل من البائع نقول يمكن دعوى كون الأمر في مقام توهم الحظر على فرض الأخذ بالاطلاق؛ إذ يكفي في ذلك كون بعض أفراد المطلق كذلك، فاذا فرضنا أنّ قولهعليه السلام «يردها» يشمل أم الولد وغيرها فيكفي توهم الحظر بالنسبة إلى غير أم الولد.

وفي الوجه الثاني ليس هناك دليل خاص يقتضي عدم كون العقر على المشتري؛ حتى يلزم من قول المشهور طرحه، نعم مقتضى قاعدة الملكية عدمه، فينبغي أنْ يقال: إنّ قول المشهور مخالف للقاعدة، مع أنّ العقر على غير المالك أيضاً خلاف القاعدة، سواء قلنا بكونه من باب الجناية أو من باب الاجرة؛ إذ أروش الجنايات تعبدية، وإلا فالأصل عدمها، خصوصاً بالمقدار المخصوص، والأجرة فرع كون

المنفعة مقابلةً بعوض، وليس البضع كذلك، ومجرد الانتفاع بمال الغير لو كان مقتضياً للأجرة لزوم القول بها في العبد إذا وطئه غير المالك، فتأمل، وفي الجارية بالنسبة إلى التقبيل واللمس والنظر ونحو ذلك من الاستمتاعات.

وبالجملة: كون العقر على أي حال على خلاف القاعدة مما لا اشكال فيه، غاية الأمر أنّه ثبت بالدليل الخاص بالنسبة إلى جارية الغير في الجملة، وأمّا بالنسبة إلى المالك فلم يثبت في غير هذا الموضع، فالأمر دائر بين الحمل على مسألة أم الولد حتى يكون العقر الموجود في الأخبار مما له دليل في الجملة، والحمل على مسألة الخيار حتى يكون مما لا دليل عليه إلا هذه الأخبار، ومجرد هذا لا يكون مرجحاً، خصوصاً بعد وجود النظير كما في الشاة المصراة؛ حيث إنَّ المشتري الذي انتفع بلبنها يردها مع مد التمر أو الطعام، مع كون اللبن ملكه بناءً على مذهب الشيخ حيث عمل بما دلَّ من الأخبار على ذلك.

هذا كله مع الاغماض عما ذكرنا من ظهور الأخبار في كون الحبل من غير البائع، وإلا فلا اشكال؛ إذ يخرج عن القاعدة بالدليل الخاص، وهو هذه الأخبار؛ لأنَّ العمل بالدليل الخاص بمقتضى القواعد وإنْ كان على خلاف مقتضى القواعد، هذا إذا التزمنا بكون الفسخ مؤثراً من حينه.

وأمّا على ما احتمله الشهيد في توجيه العقر من كون الفسخ كاشفاً ومؤثراً من الأصل فهو أيضاً؛ وإنْ كان على خلاف القاعدة إلا أنّه أيضاً ليس عليه دليل خاص حتى يلزم طرحه من الأخذ بقول المشهور، فلا يلزم طرح ظهور من العمل بالاطلاق، فتدبّر.

هذا، مع أنّه يمكن أنْ يقال: إنَّ الفسخ كالاجازة كاشف بمقتضى القاعدة، ولازمه آثار عدم الملكية من حين العقد، وحينئذٍ فيكون عدم ضمان المنافع في سائر المقامات على خلاف القاعدة، فتأمل.

وأمّا الوجه الثالث فلا يخفىٰ ما فيه؛ إذ أدلة مانعية مطلق التصرف، وخصوص الوطيء طرف المعارضة مع هذه الأخبار، والأمر دائر بين طرح ظهور هذه الأخبار

بتقييدها بما إذا كان الحمل من المولى، أو ظهور تلك بتخصيصها بما عدا الحامل، فلا وجه لعدها من المرجحات لقول الجماعة، هذا مع الاغماض عن أخصية هذه الأخبار، وإلا فالأمر أوضح.

وأمّا الوجه الرابع ففيه: أنّ التقييد بعدم علم البائع كما يمكن أنْ يكون لافادة أنّه لو كان عالماً بكونها أم ولده لم يبع، يمكن أنْ يكون لافادة أنّه لو كان عالماً بالعيب كان يخبر المشتري، فلا دلالة فيه على كون الجارية أم ولد.

والحاصل: أنّ هذا التعبير متداول في كلام السائلين؛ حيث يتخيلون أنّه يتفاوت الحال بين كونه عالماً بالعيب أو جاهلاً، وأيضاً نقول هذا الاشعار معارض بمثله في صحيحة عبدالله بن سنان؛ حيث قيد فيها بعدم علم المشتري بحبلها، ولو كان المراد بيع أم الولد لم يكن فرق بين كونه عالماً أو جاهلاً، فتأمل.

وأمّا قوله عليه السلام: «يكسوها» فلا إشارة فيه إلى ما ذكره أصلاً كما لا يخفىٰ.

وأمّا الوجه الخامس ففيه: أنّه لا حاجة إلى التقييد بعد ما عرفت من عدم الدليل على كون مثل هذه التصرفات مسقطاً، وعلى فرض وجوده نمنع لزوم التقييد؛ إذ هذه الأخبار إنّما تدل على حكم الوطيء بما هو مع قطع النظر عن حيثية أخرىٰ منضمة، فلا اطلاق فيها بالنسبة إلى سائر التصرفات؛ حتى يلزم التقييد، وعلى فرضه لا مانع من الأخذ باطلاقها، غاية الأمر تخصيص أخبار التصرف بها، ولا بأس به؛ لأخصيتها منها، فكما خصصت أخبار الوطيء، بل وأخبار التصرف من حيث الوطيء كذا تخصصها من حيث التصرفات التي لا تنفك الجارية عنها.

وبالجملة: هذه الوجوه الخمسة لا تصلح التقييد اطلاق هذه الأخبار مع الاغماض عما ذكرنا من ظهورها أو صراحتها في الحبل من غير البائع، ومعه فلا ينبغي التأمل أصلاً حسبما عرفت.

وأمّا تأييد التقييد بما قد يقال من منافاتها لصحيحة ابن مسلم ورواية ميسر من حيث اشتمالهما على الاستعاذة بالله من اثبات الأجر؛ إذ على فرض اطلاقها وشمولها لحبل غير البائع يلزم اثباته، فهو كما ترىٰ؛ إذ على الحمل على مسألة

الحبل من البائع أيضاً يلزم خلاف ظاهرهما؛ لأنّهما بظاهرهما يدلان على نفي الأجر مطلقاً، فالمنافاة مشترك الورود.

كما يمكن التوجيه بأحد الوجهين المتقدمين على الثاني، فكذا على الأول، فالاشكال والتوجيه كلاهما مشترك الورود.

فتحصّل: أنَّ اللازم العمل بهذه الأخبار وتقديمها على ما دلَّ على مانعية مطلق التصرف أو خصوص الوطيء؛ لما عرفت من أخصية هذه الأخبار، أو كونها بحكم الأخص، ومع الاغماض عن ذلك وعدم الترجيح نقول اللازم الرجوع إلى ما دلَّ على جواز الرد إذا كان قائماً بعينه، فانَّه مقتضى تساقط الطرفين، ومن المعلوم صدق قيام العين بعد الوطيء، فيكون مطابقاً لمذهب المشهور.

ولا وجه لما ذكره المصنِّف من الرجوع إلى عموم ما دلَّ على أنَّ إحداث الحدث مانع ومسقط لكونه رضاً.

أمّا أولاً: فلمنع وجود هذا العموم، والتعليل في خبر خيار الحيوان قد عرفت ما فيه.

وأمّا ثانياً: فلأنّا نقول إنَّه مخصص بما دلَّ على جواز الرد إذا كان قائماً بعينه؛ إذ هو أخص من العموم المذكور قطعاً؛ لاختصاصه بخيار العيب، وعموم ذلك العموم لسائر الخيارات وسائر المقامات.

والعجب أنَّ المصنِّف مع إلتفاته إلى هذا عدل عنه، وذكره بعنوان الامكان؛ حيث قال (ويمكن أنْ يقال بالرجوع إلى ما دلَّ على جواز الرد مع قيام العين)، مع أنَّه المتعين، وبملاحظته لا وجه للرجوع إلى عموم التعليل على فرض ثبوته .

وأعجب من ذلك أنَّه قال: (نعم لو خدش في عموم ما دلَّ على المنع ...الخ) حيث حكم بالرجوع إلى الأصل العملي، ولم يقل بالرجوع إلى ذلك الدليل أيضاً.

فان قلت: لعل المصنِّف مستشكل في صدق قيام العين بعد الوطيء.

قلت: نعم، لكن الاستشكال في غير محله؛ لصدق القيام قطعاً، مع أنَّه صرّح سابقاً بذلك؛ حيث قال في مسألة التصرف ـ بعد الاشكال في كفاية كل تصرف

حتى مثل اغلق الباب ـ (وامّا المرسلة فقد عرفت اطلاقها لما يشمل لبس الثوب واستخدام العبد، بل وطىء الجارية لولا النص المسقط للخيار به)[١]، فجعل مسقطية الوطىء من جهة الأخبار الخاصة به.

١٢٧ ـ **قوله** ﴿﴾ **:(وغاية الأمر تعارض ...الخ)**[٢].

أقول: حاصل بيانه من الأول إلى هنا: أنّ الأمر دائر بين مخالفة ظاهر هذه الأخبار بتقييد اطلاقها بما إذا كان الحمل من المولى وكانت الجارية أم ولد، وبين مخالفة ظواهر الخمسة، فالمعارضة بين هذه الأخبار ومجموع تلك الظواهر.

وحاصل ما ذكره هنا: أنّ المعارضة إنّما تكون بين هذه الأخبار وأخبار الوطىء بالعموم من وجه، والوجوه الأربعة مرجحة؛ لأخبار الوطىء، ومع المكافئة فالمرجع عموم مسقطية التصرف، ومع الاغماض المرجع الأصل، لكنه يثبت مذهب المشهور بضميمة الاجماع المركب.

وأشار بقوله «فافهم» إلى أنّ الاجماع المركب إنّما ينفع فيما إذا ثبت الحكم في أحد الشقين بالدليل الاجتهادي، لا فيما ثبت بالأصل العملي؛ إذ الاجماع المركب إنّما هو بينهما بحسب الواقع، لا بحسب الأصول العملية، نعم لو ثبت في مقام عدم الفصل بين الشقين حتى بحسب الأصل العملي أمكن التمسك به، لكن ليس الأمر كذلك في المقام، بل لا أظن تحقق مثل هذا الاجماع في مقام من المقامات.

١٢٨ ـ **قوله** ﴿﴾ **:(اطلاق الحكم بوجوب رد ...الخ)**[٣].

أقول: الانصاف أنّ المسألة مشكلة، وإنْ كان القول بالتفصيل قوياً للمرسلة المعتضدة باجماع الغنية ونفي خلاف السرائر، ورواية العشر بناء على حملها على البكر، أو العمل بها فيه جمعاً بين الأخبار، وبما دلّ ـ في ما لو وطىء أمة الغير ـ على التفصيل، الظاهر في أنّ ذلك عوض بضع الأمة بعد ظهور أخبار المقام أيضاً في أنّ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٨١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٩٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٠.

دفع نصف العشر إنّما هو من باب العوض، فيكون إحالة على ما هو المعهود، والاقتصار على نصف العشر من جهة غلبة الثيوبة في الحامل، فتدبّر.

ويحتمل أنْ يقال بعدم وجوب شيء في الحامل البكر؛ لكون الحكم على خلاف القاعدة، وانصراف الأخبار إلى الثيب، فيبقى البكر تحت الأصل، لكنه بعيد غايته، ويمكن دعوى الاجماع على خلافه؛ إذ العلماء بين قائل بالنصف وقائل بالعشر، هذا ومع عدم ترجيح أحد القولين فالأصل البراءة عن الزائد على النصف.

١٢٩ ـ **قوله** ﷺ: **(ويمكن دعوى انصرافه ...الخ)**[1].

أقول: لا وجه لدعوى الانصراف، فالحق عدم الفرق، ولو سلّمناه نقول فأخبار مسقطية الوطىء أيضاً لا تشمل وطىء الدبر، فلا مانع من الرد، والتصرف غير مسقط مطلقاً حسبما عرفت، فعلى أي حال يجوز الرد مع الوطىء في الدبر أيضاً، فتدبّر.

١٣٠ ـ **قوله** ﷺ: **(وفي لحوق التقبيل ...الخ)**[2].

أقول: هذا بناءً على أنَّ مطلق التصرف مسقط حتى التقبيل واللمس، وإلا فعلى المختار لا مانع من الرد حينئذٍ.

ثم على القول بمسقطية مطلق التصرف أيضاً ينبغي القطع بعدم مانعية مقدمات الوطىء إذا حصل الوطىء بعدها، وذلك لاطلاق عدم مانعية الوطىء الملازم لها غالباً.

نعم الاشكال فيما لو كانت المقدمات منفكة عن الوطىء، سواء لم يقصده أصلاً أو قصده وبدا له، ففي هذه الصورة يجيء الوجهان، وكذا إذا كان تصرف آخر أدون من الوطىء من غير مقدماته.

والأقوى عدم الاسقاط؛ لأنَّ الظاهر من الأخبار أنَّ الوجه في جواز الرد في الحبلى مراعاة جانب المشتري في ضرر صبره على هذا العيب، وأنَّ ضرر صبره

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٩٨.

عليه أعظم من صبر البائع على وطىء الغير أمته، وحينئذٍ فالتصرفات التي دون الوطىء لا تمنع الرد بالأولى، فتأمل.

والتحقيق: التمسك بما ذكرنا أولاً من عدم كون مطلق التصرف مانعاً عن الرد ما لم يوجب تغييراً في المبيع، أو يكون بقصد الالتزام، فتدبّر.

١٣١ ـ **قوله** قدس سره**: (وفيه: أنَّ كونها معيبة** ...الخ)[1].

أقول: نظر المستشكل إلى أنَّ منصرف الأخبار صورة كون العيب خصوص الحبل، فلا تشمل صورة الاجتماع، فلا بدَّ فيها من الرجوع إلى عموم مسقطية مطلق التصرف، أو خصوص الوطىء للرد، فلا ينفع في رد ما ذكره المصنِّف.

وجوابه: منع الانصراف، بل الأخبار مطلقة فهي شاملة للحبل المنضم إلى عيب آخر أيضاً، فهي دالة بمقتضى اطلاقها على جواز الرد حينئذٍ، أو نقول إنَّها متكفلة لحكم الحبل، وأنَّ الوطىء غير مانع عن الرد به، وإنْ كان مانعاً عن الرد بعيب آخر، وعلى أي حال نمنع الانصراف.

والفرق بين الوجهين أنَّه على الأول يكون الأخبار متكفلة لحال العيب الآخر أيضاً، وأنَّ الوطىء غير مانع عن الرد به إذا كان منضماً إلى الحبل، وعلى الثاني متكفلة لحال الحبل فقط، وأنَّه يكفي في جواز الرد إذا كان الوطىء ملغى بالنسبة إليه، وإنْ كان بالنسبة إلى العيب الآخر[2]، إذ مرجع الأمر إلى أنَّ الحبل لا مانع من اقتضائه، وإنْ كان العيب الآخر ممنوعاً من الاقتضاء؛ إذ لا تعارض بين المقتضي وغير المقتضي.

١٣٢ ـ **قوله** قدس سره**: (يشمل العالم** ...الخ)[3].

أقول: فالأقوى عدم الفرق فتأمل، فانَّ دعوى الانصراف ليس كل البعيد، لا أقل من الشك في الشمول، فلا بدَّ من الرجوع إلى عموم مانعية الوطىء.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٠.

(٢) الظاهر أن مراده وإنْ كان الرد بالنسبة إلى العيب الآخر.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٠.

بقي أمور:

أحدها: أنَّ الرد في الحبلىٰ بعد الوطىء إنَّما هو إذا لم يكن الوطىء بعنوان الالتزام وبقصد اسقاط الرد، وإلا فلا يجوز بلا اشكال؛ لسقوط حقه من الرد حينئذٍ، وإنْ كان ذلك من جهة جهله بعيب الحبل؛ بحيث لو كان عالماً به لما أسقط، نعم لو تخيّل عيباً آخر غير الحبل فوطىء بقصد الالتزام بذلك العيب، بمعنى أسقط الرد به فقط، فبان له الحبل بعد ذلك، أمكن جواز الرد لعدم سقوط حق الرد حينئذٍ مطلقاً، بل من قبل العيب الكذائي فقط، وهكذا الكلام في غير ما نحن فيه إذا التزم بعيب فبان آخر فانَّه يبقى حكمه.

الثاني: لا فرق في الحكم بجواز الرد بين ما لو قلنا بكون الحمل تابعاً للحامل في البيع، أو لم نقل، فانَّ الحبل عيب وإنْ كان الولد للمشتري، ومن ذلك يظهر أنَّه يجوز له الرد وإنْ كان الحبل من المشتري، كأنْ تزوجها سابقاً فوطئها، ثم باعها منه مولاها وكان جاهلا بحملها، فانَّ الولد حينئذٍ حرّ، وهو من المشتري، ومع ذلك يجوز له ردها لعيب الحبل، ويمكن القول بعدم جواز الرد حينئذٍ لانصراف الأخبار إلى غير هذه الصورة.

الثالث: لو كانت حاملاً فسقط الحمل قبل اطلاع المشتري فهل يجوز الرد لصدق كونها حاملاً أو لا لزوال العيب حينئذٍ، وانصراف الأخبار إلى صورة بقاء الحمل ؟ وجهان، وكذا لو سقط بعد العلم وقبل الرد، والأقوى عدم جواز الرد للشك في شمول هذه الأخبار، فالمرجع عموم مسقطية الوطىء، فتدبّر.

الرابع: بناءً على القول بالتفصيل في العقر بين البكر والثيب إنَّما نقول بالعشر في الأولى إذا كان الوطىء موجباً لازالة البكارة، وإلا كما لو كان في الدبر فالظاهر نصف العشر حينئذٍ.

الخامس: الظاهر أنَّ رد الأرش تكليف مستقل لا ربط له برد الجارية، بمعنى أنَّه ليس جواز الرد مشروطاً برد العشر أو نصفه، فلو كان معسراً أو مماطلاً لا يسقط حق رده.

السادس: لو اختلفا بناءً على التفصيل بين كونها باكرة حين البيع أو ثيباً فالقول قول المشتري لأصالة براءة ذمته من الزائد على النصف.

❑ الرابع: حدوث عيب عند المشتري

١٣٣ ـ **قوله** ﴿﴾: **(من المسقطات حدوث ...الخ)**[١].

أقول: قد عرفت سابقاً[٢]، وستعرف أيضاً أنّه لا يحسن عدّ هذا مسقطاً على حده، بل هو داخل تحت عنوان عدم قيام العين بعينه، وكيف كان هنا مسألتان:

إحداهما: أنّ العيب الحادث في زمان ضمان البائع كما قبل القبض أو في زمان أحد الخيارات الثلاثة من المجلس والشرط والحيوان كالعيب الموجود قبل العقد، ولو كان المبيع صحيحاً حين العقد، وهذه المسألة أشار إليها المصنِّف ضمناً.

الثانية: أنّ العيب الحادث بعد العقد مطلقاً هل يسقط الرد بالعيب القديم أو لا؟ وهذه هي التي عقد المسألة لأجلها.

أمّا المسألة الأولى فنقول: لا إشكال في جواز الرد بالعيب الحادث قبل القبض أو بعده في زمان أحد الخيارات الثلاثة، بل الظاهر الاجماع عليه في الجملة، ويدل عليه ما دلّ على أنّ التلف قبل القبض من مال البائع، أو التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له:

من النبوي المشهور (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه)[٣].

ورواية عقبة بن خالد (في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إنْ شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال ﴿ع﴾: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بينه، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه)[٤].

وصحيحة ابن سنان (عن الرجل يشتري العبد بشرط إلى يوم أو يومين فيموت

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٠١.
(٢) تعليقة ١١٥.
(٣) عوالي اللآلي ٣: ٢١٢، رواية ٦٩، المستدرك ١٣: ٣٠٤، رواية ١٥٤٣٠.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب الخيار، ح ١.

العبد أو الدابة، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك ؟ فقال عليه السلام: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، ويصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترط. قال: وإنْ كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع)[١].

ورواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام (عن الرجل اشترى أمة من رجل بشرط يوماً أو يومين، فماتت عنده، وقد قطع الثمن على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه)[٢].

ورواية قرب الاسناد (في العبد المشترى بشرط فيموت قال يستحلف بالله ما رضيه، ثم هو بريء من الضمان)[٣].

ومرسلة ابن رباط (إنْ حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع)[٤].

وتقريب الاستدلال بهذه الأخبار على حكم العيب، مع أنَّ موردها صورة التلف أنَّ المراد من كون التلف على البائع كون المبيع بعد في عهدته، وكأنَّ المعاملة لا تتم إلا بالقبض ومضي زمان الخيار، فيكون ذكر التلف من باب كونه أظهر الأفراد، مع أنَّ جملة منها شاملة لحكم العيب؛ لأنَّ حدوث الحدث أعم من التلف، خصوصاً إذا جعل في مقابله، وكذا لفظ الضمان.

ثم إنَّ معنى كون العهدة عليه أنَّ التلف أو العيب كأنَّه في ملكه، فالمراد بالضمان ضمان المعاملة، لا ضمان اليد.

وحاصل المراد: أنَّ تلف تمام المبيع كتلفه قبل البيع، وكذا تلف بعضه، وكذا عيبه قبل القبض أو في زمان الخيار كعيبه وهو في ملك البائع، ولازم ذلك الانفساخ بالنسبة إلى تلف الكل وانفساخ البعض بالنسبة إلى تلفه، وثبوت الخيار

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٥.

بالنسبة إلى العيب؛ وذلك لأنّه لو كان تالفاً قبل العقد كان البيع الواقع عليه باطلاً، وكذا لو كان بعضه تالفاً، ولو كان معيوباً حين البيع أو قبله كان موجباً للخيار، فمن حين التلف أو النقص يحكم بالانفساخ أو الخيار، وليس المراد من كونه من مال البائع أنّه يؤخذ العوض منه على وجه الغرامة؛ لأنّه ليست يده يد ضمان.

ومن هذا البيان ظهر دفع ما يقال إنّه لو كانت الأخبار شاملة لنقص الأوصاف لزم الحكم بالانفساخ، كما في صورة التلف، مع أنّكم تريدون اثبات الخيار؛ وذلك لأنّا نقول معنى كونه في عهدته أنّه يفرض حدوث التلف أو النقص، وهو بعد في ملك البائع، ويؤخذ بلازم هذا، فلا يلزم اختلاف معنى الضمان بالنسبة إليهما؛ حتى يلزم استعمال اللفظ في معنيين، ويؤيد ما ذكرنا قوله عليه السلام (ويصير المبيع للمشتري) فانّه يدل على أنّه لو تلف أو عاب قبل انقضاء الخيار فكأنّه لم يخرج بعد عن ملك البائع، وأنّ حكمه حكم ما قبل الخروج، وكذا قوله عليه السلام: (حتى يخرجه من بيته).

وظهر أيضاً جريان حكم الأرش أيضاً في هذا العيب، وأنّه كالعيب الموجود حين العقد في التخيير بين الرد والأرش، كما أفتى به جماعة كالعلامة[1] والشهيدين[2] والمحقق الثاني[3] وغيرهم، وإنْ نفاه جماعة أخرى كالشيخ في الخلاف[4] والحلي[5] والمحقق[6] وكاشف الرموز بدعوى أنّه لو قلنا بشمول الأخبار لنقص الصفات لزم الحكم بضمان وصف الصحة، وهذا غير الأرش المصطلح، فانّه الأخذ بنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب إلى الثمن، لا أخذ عوض الوصف كائناً ما كان.

وعلى تقدير تسليم كون الضمان ضمان معاوضة لا ضمان يد فاللازم رجوع ما

---

(١) التذكرة ١١: ٨٣.
(٢) الدروس ٣: ٢٨٣. مسالك الافهام ٣: ٢٨٣.
(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٢٢.
(٤) الخلاف ٣: ١٠٨.
(٥) السرائر ٢: ٢٩٨.
(٦) شرائع الاسلام ٢: ٢٠٩.

يقابل الوصف من نفس الثمن، كما لو تلف بعض المبيع فانّه يرتجع ما يقابله من الثمن، مع أنّ الأرش لا يلزم أنْ يكون من عين الثمن.

والجواب: ما عرفت من أنّ المستفاد من الأخبار المذكورة تنزيل التلف أو النقص الحادثين منزلة الموجود قبل العقد، ولازمه لحوق حكم العيب الموجود قبله من التخيير بين الرد والأرش، لا رجوع نفس الثمن؛ لعدم مقابلة الوصف بالثمن، ولا ضمان عوضه لعدم كون اليد يد ضمان، وعدم كون الضمان في المقام من ضمان اليد.

والحاصل: أنّ الذي يستفاد من مجموع الأخبار أنّ حدوث التلف أو النقص قبل انقضاء زمان الخيار كحدوثهما قبل العقد في الحكم، فيلحق كلاً حكمه، هذا كله في العيب السماوي.

وأمّا إذا كان بفعل المشتري فليس مضموناً على البائع، كما أنّ تلفه بفعله مضمون على نفسه، وإذا كان بفعل البائع أو بفعل الاجنبي فاللازم الرجوع عليه بأخذ العوض من قاعدة الضمان المصطلح، لا من ضمان المعاوضة، وتمام الكلام في غير المقام.

ثم إنّ اللازم مما بيّنا ـ أنّه لو كان المبيع صحيحاً حين العقد، وعاب قبل القبض أو في زمان الخيار يكون المشتري مخيراً بين الرد والأرش، ولو كان معيباً حينه وعاب بعيب آخر ـ أنْ يكون له الخيار بينهما من هذه الجهة أيضاً، فيتعدد جهة الخيار إنْ لم نقل إنّ هذا العيب مانع من الرد بالعيب السابق، كما سيجيء[1] بيانه في المسألة الثانية، فلو أخذ أرش كل من العيبين لو لم يفسخ المعاملة، وإنْ فسخها يسترجع الثمن، وليس عليه أرش العيب الحادث أيضاً.

ثم إنّه حكي عن المحقق الخلاف في العيب الحادث في زمن الخيار، وأنّه لا يوجب رداً ولا أرشاً، نعم لا يمنع عن الرد بخيار الحيوان، وحينئذٍ يكون معنى كون ضمانه على البائع أنّ له الفسخ بخيار الحيوان ليكون ضرر العيب على البائع، لكن

---

(١) في نفس التعليقة.

لو لم يفسخ حتى انقضى زمان الخيار فلا يجوز له الرد حينئذٍ، قال في الشرائع في باب العيوب (إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري رده، وفي الأرش تردد، ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض، وأمّا ما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد في الثلاثة)[١] وظاهر العبارة مطابق لما نسب إليه، لكن ظاهر كلامه إنّما هو في المبيع الصحيح حين العقد، والظاهر أنّ حكم العيب الحادث في المبيع المعيب أيضاً كذلك عنده، فلا يجوز الرد بهذا العيب الحادث، وإنّما له الرد بخيار الثلاثة في الثلاثة ليكون ضمان العيب على البائع.

ومن هذا البيان يظهر اندفاع ما أورده عليه الشهيد في الدروس[٢] واللمعة[٣] من أنّ حكمه هذا منافٍ لما ذكره في الشرائع من أنّ العيب الحادث في الحيوان مضمون على البائع، مع حكمه بعدم الأرش، ووجه الاندفاع أنّه لا منافاة بين الحكمين؛ لأنّ معنى كون ضمانه عليه أنّه له الفسخ بسبب خيار الحيوان ليكون ضرر النقص الحادث على البائع، فتدبّر.

والظاهر أنّ نظره فيما ذكره من عدم سببيته للخيار إلى أصالة اللزوم، وعدم المخرج وأنّ ما دلّ على كون الضمان في الثلاثة على البائع لا يقتضي جواز الرد بالعيب حتى ما بعد الثلاثة، بل غاية الأمر أنّ تلفه فيها عليه، وأمّا عيبه فلا دليل عليه إلا على الوجه الذي ذكرنا من بقاء خيار الحيوان، لكن لازم هذا الوجه أنْ لا يقول بجواز الرد في العيب الحادث قبل القبض أيضاً، مع أنّه صرّح فيه بجواز الرد في هذه العبارة، وفي باب التسليم[٤] أيضاً، والحال أنّ العيب الحادث قبل القبض أولى بعدم الموجبية للرد، فانّ دليل كون الضمان قبل القبض على البائع مختص بظاهره بالتلف، بخلاف دليل الضمان في زمن الخيار فانّه شامل للنقص أيضاً؛ حيث إنّ

---

(١) شرائع الاسلام ٢: ٢٩٣.
(٢) الدروس الشرعية ٣: ٣٨٩.
(٣) اللمعة ١٠٠.
(٤) شرائع الاسلام ٢: ٢٨٤.

في جملة من الأخبار أنّ ضمانه أو حدثه على البائع حسبما عرفت.

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت من ايجاب العيب الحادث للرد والأرش كالعيب الموجود حين العقد من غير فرق بين كون المبيع صحيحاً حينه أو معيباً، وأنّ في الثاني يثبت الخيار من الجهتين، بل في زمان خيار الحيوان من جهات ثلاث، ولا مانع من اجتماع الجهات، وتظهر الثمرة فيما لو أسقط أحداها.

ودعوى: أنّ العيبين السابق والحادث معاً موجبان للخيار فلا يتعدد الجهة، كما لو كان العيب حين العقد متعدداً، فانّه لا يقال إنّه له خيارين، بل خيار واحد مسبب عن جنس العيب المتحقق في ضمن فردين، فكذا الحال بالنسبة إلى القديم والجديد.

مدفوعة: بالفرق بين المقامين، فانّ العيب الموجود حين العقد أوجب خياراً، والحادث بعده فرد آخر موجب أيضاً، ولا مانع من تأثيره الفعلي، ودعوى أنّه تحصيل الحاصل كما ترىٰ؛ إذ لا مانع من ايراثه خياراً آخر كما في اجتماع سببي الخيار من نوعين، إلّا أنّ يقال بالفرق، بأنّ اجتماع اسباب الخيار غير اجتماع فردين من سبب واحد، فانّهما داخلان تحت عنوان العيب، هذا.

والتحقيق أنْ يقال: أمّا بالنسبة إلى الأرش فلا اشكال في التعدد، بمعنى لحاظ كل من النقصين، وأمّا بالنسبة إلى الرد فالخيار متحد مع الاجتماع، ومتعدد مع الافتراق، والجهة متعددة على أي حال، وحينئذٍ فانّ أسقط أحد العيبين ـ بمعنى أنه رضي به ـ يبقى الآخر مؤثراً في جواز الرد، بل الحكم كذلك إذا كان كلاهما موجودين حين العقد، وإنْ أسقط خياره فانْ كان قبل حدوث العيب الجديد فيرتفع حكم العيب السابق، ويؤثر الجديد في الخيار، وإنْ كان بعد حدوث الجديد يرتفع الخيار، وإنْ كان بعد حدوثه مطلقاً؛ لعدم تعدده حينئذٍ؛ لكون العيبين بمنزلة عيب واحد في تأثير خيار واحد، وهذا هو الفارق بين المقام وما إذا تعدد سبب الخيار كالشرط والحيوان مثلاً، فانّ الخيار هناك متعدد، فله إسقاط أحدهما وإبقاء الآخر، بخلاف المقام.

فان قلت: لازم ما ذكرت من كون الموجب للخيار في المقام جنس العيب الصادق على الواحد والمتعدد أنْ يكون الحكم مستنداً إليهما معاً إذا وجدا معاً، وإلى أولهما إذا وجدا مترتبين، فالعيب الحادث لغوٌ، لا يؤثر في جواز الرد بعد تأثير الأول، إلا إذا سقط تأثيره بالاسقاط أو نحوه قبل حدوث الثاني، وحينئذٍ فكما أنّه لو أسقط الخيار بعد حدوث الثاني لا يبقى شيء، فكذلك لو أسقط نفس الجهة ـ أي العيب الأول ـ فانَّ الثاني لم يكن مؤثراً حتى يوجب الخيار، فلا فرق بين إسقاط أصل الخيار وبين إسقاط الجهة ـ أي الموجب ـ وهو العيب السابق.

قلت: إنّما لم يؤثر العيب الجديد من جهة كونه تحصيلاً للحاصل، فاذا رفع المانع منه يعود مؤثراً؛ لأنَّ المقتضي لتأثيره موجود، غاية الأمر وجود المانع أيضاً ـ وهو حصول المسبب بسبب سابق ـ فاذا ارتفع المانع أثّر المقتضي عمله، ولا يضر عدم تأثيره حين حدوثه؛ لأنَّ موضوع العيب غير مرتفع، فمع فراغ المحل يؤثر أثره.

وهذا أولى مما يمكن أنْ يقال إذا بال فوجب الوضوء، ثم نام فلم يؤثر في الايجاب لمكان تحصيل الحاصل، وفرض أنَّ الشارع رفع أثر البول في ايجاب الوضوء ـ بمعنى أنّه نسخ حكمه ـ فانَّ النوم حينئذٍ يعود مؤثراً، وجه الأولوية أنَّ العيب في المقام موجود مستمر إلى حين ارتفاع أثر العيب السابق، بخلاف النوم فانّه ارتفع موضوعه قبل رفع أثر البول، وإنّما بقي شأنيته للتأثير، ومع ذلك نقول بتأثيره بمقتضى القاعدة على الفرض المذكور، نعم لو زال العيب الحادث في المقام، ثم أسقط العيب السابق يكون من قبيل مثال النوم والبول.

فان قلت: ما سلمت من أنَّ العيبين القديم والجديد فردان لطبيعة العيب، وهما معاً سبب واحد للخيار، وليسا من قبيل تعدد السبب ممنوع، بل نقول إنّهما سببان كالشرط والحيوان فيتعدد الخيار أيضاً؛ وذلك لاختلافهما في الدليل، فانَّ دليل العيب القديم الأخبار الخاصة، ودليل العيب الحادث الأخبار الواردة في كون العهدة قبل القبض وفي زمن الخيار على البائع، فالعنوان مختلف، ولازمه تعدد

المسبب إذا كان قابلاً له كما هو المفروض، وإلا كان الحال كذلك في جميع الاسباب.

قلت: نعم، ولكن هذه الأخبار تجعل العيب الجديد بمنزلة ما كان موجوداً حال العقد، فهي معممة في الحقيقة لموضوع الدليل الأول، لا بنحو الكشف عن توسيع الدائرة، بل بنحو الحكومة كما في سائر التنزيلات والحكومات، ففي اللب العنوان واحد، وهو العيب الأعم من الموجود حين العقد والحادث بعده، وفي الحقيقة الدليل على الخيار منحصر بالأخبار الخاصة الواردة في خيار العيب، وكذا ترتب على هذا العيب جميع الآثار المترتبة على العيب القديم من غير حاجة إلى قيام الدليل بالخصوص، بل نكتفي بمجرد دليل التنزيل، فظهر الفرق بين المقام ومسألة تعدد السبب عنواناً كالشرط والحيوان، فتدبّر.

ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا حدث بعد هذا العيب الحادث عيب آخر مضمون على البائع أيضاً، فإنّه أيضاً يوجب الرد والأرش، فمع إسقاط الأول يبقى هو مؤثراً، ومع عدمه هما سبب واحد في الرد والأرش بلحاظ مجموعهما، وإنْ أخذ أرش الأول فله الرد بالثاني أو الأرش به، ولو كان حدوثه في زمان ضمان المشتري كان كالحادث بعد القديم في زمان ضمانه، وسيأتي[1] حكمه.

ثم لو كان الحادث في بعض المبيع فحاله حال ما إذا كان العيب القديم كذلك، وسيأتي[2] حكمه.

ثم إنك قد عرفت أنَّ ما ذكرنا من تعدد الخيارين أو الجهتين إنّما هو مع الاغماض عما سيجيء في المسألة الثانية من كون العيب الحادث مانعاً عن الرد بالعيب القديم أو لا، وإلا فلو قلنا بكونه مانعاً فينحصر السبب في هذا الحادث، هذا.

وأمّا المسألة الثانية: وهي كونه مانعاً ومسقطاً للرد بالعيب السابق فنقول: إنَّ هذا

---

(١) في نفس التعليقة.

(٢) في نفس التعليقة.

العيب إمّا أنْ يكون حادثاً في زمان ضمان البائع، كما قبل القبض وما قبل انقضاء زمان الخيار، أو في زمان ضمان المشتري.

أمّا الأول: فظاهرهم عدم مسقطيته، بل ادّعى في الجواهر كونه قطعياً، قال (يمكن تحصيل الاجماع، فضلاً عن محكيه)[1]، وادّعى المصنّف عدم الخلاف فيه.

قلت: وقد ظهر لك مما بيّنا في تلك المسألة الوجه فيه، وهو أنّ هذا العيب بمقتضى أخبار القاعدتين بمنزلة العيب السابق، فكيف يكون مانعاً عنه؟!

ودعوى: أنّه لا منافاة بين كونه مثله في ايجاب الرد والأرش، وكونه مانعاً عن الرد به من جهة عدم صدق قيام العين معه، والمفروض أنّ جواز الرد بالسابق معلّق على عنوان قيام العين.

مدفوعة: بأنّه إذا كان بمنزلة ما حدث قبل العقد فكأنّ العقد واقع على هذا المعيب، فلا ينافي صدق قيامه بعينه، هذا إذا كان الحادث مضموناً على البائع ومشمولاً لأخبار القاعدتين.

وأمّا إذا لم يكن كذلك كما إذا كان بفعل البائع أو بفعل المشتري أو الاجنبي فيمكن أنْ يقال بمانعيته حينئذٍ لصدق عدم قيام العين بعينه، والمفروض عدم شمول دليل التنزيل حينئذٍ، نعم لو كان بفعل البائع أمكن أنْ يقال بعدم المانعية من جهة أنّ ما دلّ على عدم جواز الرد إذا لم يكن المبيع قائماً بعينه لا يشمل ما إذا كان عدم قيامه من تقصير البائع، فعمومات الرد بحالها، وحينئذٍ فللمشتري الرد وأخذ الثمن والأرش من جهة العيب السابق، وأرش آخر من جهة هذا العيب الذي هو بفعل البائع، لكن الأول هو الأرش المصطلح، والثاني عوض الوصف الفائت كائناً ما كان، من دون لحاظ النسبة إلى الثمن.

وأمّا ان كان بفعل المشتري فهو مانع من الرد؛ من جهة احداث الحدث، ومن جهة عدم قيام العين، وإنْ كان بفعل الأجنبي فهو مانع من الجهة الثانية، وحينئذٍ له

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤١.

أخذ الأرش المصطلح من البائع، وأخذ عوض الوصف من الأجنبي من باب ضمان اليد.

هذا كله بناء على تخصيص مورد القاعدتين ـ أي قاعدتي التلف قبل القبض أو في زمان الخيار ـ بما إذا كان بالآفة السماوية، وعدم شمولهما لصورة كونه من البائع، أو المشتري أو الأجنبي، وإلا فلو قلنا بالتعميم فالحكم كما ذكرنا أولاً، من أنّ مقتضى دليل التنزيل كونه كالعيب السابق، فلا ينافي قيام العين، نعم لو كان من فعل المشتري أمكن القول بمانعيته من باب التصرف وإحداث الحدث، وتمام الكلام في بيان القاعدتين من حيث تعميم موردهما وتخصيصه في مقام آخر، هذا.

ولازم خلاف المحقق في المسألة السابقة مخالفته في هذه المسألة أيضاً، فانّه إذا لم يكن العيب في زمن الخيار موجباً للرد والأرش، وأنّ الرد من باب خيار الحيوان فلازمه مانعيته من الرد بالعيب السابق، وذلك لايجابه عدم كون المبيع قائماً بعينه؛ ولذا حكي[1] عنه في درسه المخالفة في هذه المسألة أيضاً، خلافاً لشيخه ابن نما حيث قال بمقالة المشهور من عدم المنع، فلازم كلام شيخه كالمشهور اثبات الخيار من الجهتين، فما في الجواهر[2] من أنّ ابن نما يقول بجواز الرد بالعيب الجديد فقط، والمحقق يقول به بأصل الخيار ـ يعني بالعيب السابق فقط ـ لا وجه له، إذ قول ابن نما لا يأبى عن التعدد الذي هو لازم المشهور، والمحقق إنّما يقول بالرد بخيار الحيوان، لا بالعيب السابق.

ويمكن أنْ يكون مراد صاحب الجواهر من أنّ المحقق يقول بجواز الرد بأصل الخيار خيار الحيوان، لا العيب السابق، لكن حينئذٍ لا يكون قول ابن نما عكساً لقوله كما نسبه إليه.

وأمّا الثاني: وهو ما إذا كان حدوث العيب في زمان ضمان المشتري كما بعد

---

(١) الدروس ٣: ٢٨٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٢.

القبض وانقضاء الخيار فالمشهور أنّه مانع عن الرد، بل في الجواهر (بلا خلاف أجده فيه)[١]، وعن شرح الارشاد للفخر وظاهر الغنية[٢] الاجماع عليه، وعن الخلاف (الاجماع والأخبار على أنّه ليس له رده إلّا أنْ يرضى البائع بأنْ يقبله ناقصاً)[٣]، وعن موضع من المبسوط (إذا باع عبداً وقطع طرفاً من أطرافه عند المشتري ثم وجد به عيباً سقط حكم الرد اجماعاً، ووجب الأرش)[٤]، لكن عن المقنعة[٥] الخلاف في ذلك، وأنّ حدوث العيب لا يمنع الرد، وفي الجواهر (إنْ لم يثبت اجماع على سقوط الرد به مطلقاً لأمكن المناقشة فيه إذا لم يكن من جهته؛ بحيث يعدُّ تصرفاً فيه؛ لعدم معارض للادلة المزبورة، خصوصاً مع عدم سقوط غيره من الخيار بذلك، قال بل قد عرفت عدم سقوطه فيما لو تلف بآفة سماوية في وجه، فضلاً عن التعيّب)[٦]، هذا ومحل الكلام ما لم يكن العيب بتصرف المشتري واحداثه فيه حدثاً، فانّه لا اشكال فيه، خصوصاً إذا كان بقصد الالتزام به.

والأقوى ما قاله المشهور، لا لما قيل من أنّ العيب لما كان مضموناً على المشتري كان بمنزلة إحداثه فيه حدثاً، فانّه ممنوع؛ إذ لا دليل على هذا التنزيل.

ولا لأنّ الأصل اللزوم، ويجب الاقتصار في الخروج عنه على المتيقن، وهو غير الفرض؛ لأنّ المرجع مع الشك عموم ما دلّ على جواز الرد، ومع الاغماض عنه استصحاب بقاء الخيار بناءً على عدم جواز التمسك بالعموم الأزماني في مثل المقام الذي خرج منه بعض الأزمنة.

ولا لما قيل من عدم صدق الرد حينئذٍ، وإنّما يصدق مع عدم حدوث شيء فيه؛ لمنع ذلك؛ وإلا لزم الحكم في سائر الخيارات.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٣.
(٢) غنية النزوع ٢٢٢.
(٣) الخلاف ٢: ٥٠.
(٤) المبسوط ٢: ١٣٢.
(٥) المقنعة ٥٩٧.
(٦) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٠.

ولا لما في التذكرة[1] من أنّ العيب الحادث يقتضي اتلاف جزء من المبيع، فيكون مضموناً على المشتري، فيسقط رده للنقص الحاصل في يده، فانّه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمّل المشتري له بالعيب الحادث؛ وذلك لأنّه ليس تلفاً للجزء أولاً، ولا يكون دليلاً على عدم الجواز ثانياً؛ إذ غاية الأمر تعارض الضررين، فلا بدّ من الرجوع إلى عمومات الرد.

بل للمرسلة المتقدمة المعلّقة للرد على قيام العين بعينه، فانّ الظاهر منها بقرينة قوله عليه السلام (وإنْ كان قد قطع أو خيط أو صبغ)[2]، أنّ المراد بعدم قيام العين أعم من تلفها أو تعيّبها، بل مطلق تغيّرها، سواء كان ذلك بفعل المشتري أو لا، فليس المدار على إحداثه الحدث، بل يكفي حدوثه بأي وجه كان.

بل يمكن أنْ يقال: إنّ المراد من الصحيحة المتقدمة (فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً)[3] أيضاً مجرد حدوث الحدث وإنْ لم يكن بفعله، فاسناد الحدث إليه منزّل على المتعارف في التعبير في مثل المقام، فتدبّر.

وكيف كان، ففي المرسلة كفاية، ولا فرق في العيب الحادث بين أنْ يكون حسياً أو غير حسي، موجباً للأرش أو لا، بل أقول ليس المدار على عنوان العيب، بل مجرد التغيّر بحيث يصدق عدم قيام العين بما هي، سواء عدّ عيباً أو لا، بل يشمل التغيير بالزيادة أيضاً، إلّا أنّ المنع عن الرد لما كان لرعاية حق البائع فلا ينصرف إلى التغيير بالزيادة إذا لم تكن مما يكون للمشتري الرجوع عليه بشئ بعد ما ردّ، كسمن الدابة وتعلّم الصنعة ونحو ذلك، إذا لم نقل بكونه بعد الفسخ شريكاً بنسبة قيمة الوصف.

وأمّا إذا كانت الزيادة مما يكون للمشتري، بحيث لو فسخ البيع يكون له الرجوع على البائع بقيمتها، أو يكون شريكاً له في العين بالنسبة، كما إذا عمل في المبيع عملاً له أجرة، أو زاد فيه وصفاً كذلك ـ كتعليم الصنعة إذا كان بفعل

---

(١) التذكرة ١١: ٨١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٢.

المشتري ـ فهو كالتغير بالنقيصة مانع عن الرد؛ لعدم انصراف الخبر عنه، بل مثال الصبغ والخياطة من هذا القبيل، والظاهر أن مزج المبيع بماله على وجه لا يتميز من التغيير وعدم قيام العين ولو كان بالجنس كمزج الحنطة بحنطة مساوية لها، فضلاً عن غيره أو غير المساوي، وأيضاً الظاهر أنّ تلف بعض المبيع من التغير فلا يجوز رد الباقي، ولو أغمضنا عن عيب تبعّض الصفقة.

وبالجملة: المدار على صدق التغير وعدم قيام العين، ومن ذلك يظهر أنّه لا وجه لجعل العنوان حدوث العيب وعده مسقطا على حده؛ لما عرفت من عدم الدليل على هذا العنوان بما هو، فالأولى أنْ يعدَّ من المسقطات عدم قيام العين، أعم من التلف وما بحكمه، والتغير وما بحكمه، ولعل صاحب الجواهر حيث استشكل في الحكم لولا الاجماع حمل المرسلة على خصوص ما إذا كان عدم قيام العين بفعل المشتري، فأرجعها إلى ما يستفاد من ظاهر الصحيحة من كون المدار على إحداثه الحدث، وفيه ما عرفت من أولوية العكس، وهو إرجاع الصحيحة إلى المرسلة، ومع عدم ذلك لا معارضة بينهما، فانّ الصحيحة على هذا ساكتة عن حكم حدوث الحدث، فنرجع إلى مفاد المرسلة.

بقي أمور:

أحدها: ما ذكرنا من أنّ مانعية التغير أو التعيّب للرد إنّما هو إذا لم يكن بفعل البائع بلا إذن من المشتري، وإلا فلا يمنع منه؛ لانصراف الدليل، ويحتمل العموم، غايته أنّه يرجع عليه بأرش هذا العيب أيضاً من باب الضمان المصطلح؛ لصدق عدم قيام العين، والأقوى الأول؛ لأنّ الوجه في عدم الرد رعاية حق البائع، ولا يجري في الفرض، بمعنى أنّه السبب في الانصراف.

الثاني: لو رضي البائع برده معيباً مع الأرش أو مجاناً يبقى التخيير بين الرد والأرش؛ لما ذكرنا من أنّ المنع كان لرعاية البائع.

ودعوى أنّ ظاهر المرسلة تعين الأرش مدفوعة بأنّ الظاهر منها سقوط جواز الالزام بالرد، فهو نظير الأمر بالرد في مسألة الحبلى؛ حيث قلنا إنّه لا يدل على

الوجوب؛ لكونه في مقام توهم الحظر، بل وكذا اطلاقات الرد مع عدم التصرف فانّها أيضاً واردة في مقام توهم وجوب الوفاء.

وبالجملة: لا ينبغي التأمل فيما ذكرنا، ولا وجه لدعوى كون الحكم تعبدياً، وظاهر الدليل تعين الأرش، نعم لو رضي البايع يجوز الرد بعنوان الاقالة؛ وذلك لعدم المنافاة بين تعبدية الحكم وانصراف الدليل بملاحظة القرائن المنضمة كما هو واضح، بل عن الشيخ في المبسوط[1] أنّ الأرش مشروط بعدم رضا البائع بالرد معيباً، لكنه مردود باطلاق المرسلة، بل الصحيحة وغيرهما من أخبار الأرش، فالتحقيق ما عرفت من بقاء التخيير.

الثالث: لو زال العيب الحادث قبل أخذ الأرش فالظاهر جواز الرد كما عن التحرير[2]؛ لأنّ العيب السابق مقتضٍ، والطارىء كان مانعاً ما دام موجوداً، فمع ارتفاعه يعمل المقتضي عمله، هذا مع أنّه يصدق قيام العين حينئذٍ.

ودعوى أنّه إذا صدق عليه عدم القيام حين الحدوث فسقط الخيار، ولا وجه لعوده مدفوعة بأنّا نمنع سقوطه، بل غاية الأمر عدم امكان الرد في ذلك الحين، وهذا غير السقوط، فهو معلّق على عدم العود أصلاً، مع أنّ الظاهر من الخبر اعتبار القيام وعدمه حين إرادة الرد؛ ولذا قلنا سابقاً أنّه لو نقل المبيع بعقد لازم أو جائز ثم فسخ بالخيار أو بالاقالة أو نحو ذلك جاز له الرد.

الرابع: إذا رد بالعيب السابق قبل ظهور العيب الجديد، ثم بان له ذلك فالظاهر بطلان فسخه؛ لأنّه ينكشف حينئذٍ عدم كون المبيع حين الفسخ قائماً بعينه، وإنْ لم يكن له فسخه، نعم لو رضي البائع بذلك بتخيّل عدم حدوث عيب عنده فبان الخلاف فالظاهر الصحة، ويحتمل الفساد لعدم الاعتبار برضاه في الفسخ بما هو مورد خيار المشتري، نعم لو دخل في عنوان الاقالة صح وكان التخيل المزبور من باب الداعي لا القيد، فتدبّر.

---

(١) المبسوط ٢: ١٣١.

(٢) التحرير ٢: ٣٧٠.

الخامس: إذا أسقط المشتري الأرش بانياً على اختيار الرد، فحدث عيب يمنع عنه فالظاهر عدم جواز الرد، فيسقط خياره بالمرة، والضرر قد أقدم عليه باسقاطه الأرش، ويحتمل القول بجواز الرد حينئذٍ، إمّا لقاعدة الضرر بمنع الاقدام؛ لأنّه أسقط الأرش بتخيل امكان الرد، وإمّا لعدم شمول دليل المنع وهو المرسلة، لأنّه أثبت الأرش، فلا يشمل ما إذا لم يمكن الأرش، فيرجع فيه إلى عمومات الرد، وبعبارة أخرى إنّما منع الرد فيما يمكن فيه أخذ الأرش، فلا يدل على المنع في مثل ما نحن فيه.

فان قلت: فاللازم جواز الرد بعد التصرف أو الوطىء أو العيب أو نحو ذلك في كل مورد لا يمكنه أخذ الأرش ولو كان من جهة المانع الخارجي، ولا يمكن الالتزام به.

قلت أولاً: نلتزم به، ولا اجماع على خلافه؛ لعدم تعرّضهم لهذا الفرع.

وثانياً: بالفرق بين صورة الاستحقاق وعدم امكان الأخذ، وبين صورة عدم الاستحقاق كما فيما نحن فيه، فانّ دليل المنع من الرد لا يشمل إلا أنْ يقال إنّ عدم الرد في المرسلة ليس مقيداً بأخذ الأرش، بل هما حكمان مستقلان، فلو لم يثبت الثاني لمانع لا مانع من ثبوت الأول، خصوصاً مع أنّ عدم ثبوته إنّما هو من جهة اسقاطه الذي هو في حكم الاخذ، فتدبّر. ولعلنا نتكلّم على هذا الفرع فيما سيأتي فانتظر.

السادس: قد عرفت سابقاً أنّه يسقط الرد بتلف العين لعدم القيام المانع من الرد، وهذا لا اشكال فيه، إنّما الكلام في أنّه لو رضي البائع بدفع البدل والفسخ فهل يجوز الفسخ حينئذٍ كما قلنا به فيما لو رضي بالعيب الجديد أو لا؟ الظاهر عدم الجواز؛ وذلك لأنّ هذا الخيار متعلق من الأول بنفس العين، بمعنى أنّه ملك فسخ العقد برد العين، لا ملك فسخ العقد والعمل على مقتضى الفسخ من استرداد العين إنْ كانت موجودة، وبدلها إنْ كانت تالفة.

وبعبارة أخرى موضوع الخيار استرداد العين وإنْ كان لا يمكن إلا بفسخ العقد،

بخلاف خيار المجلس والشرط والحيوان فانَّها متعلقة أولاً بنفس العقد، وسيأتي تتمة الكلام في أحكام الخيار[1] إنْ شاء الله، وأنَّ الخيارات متفاوتة في اختصاصها بصورة بقاء العين وعدم اختصاصها.

السابع: لو كان سبب العيب سابقاً على العقد أو في زمان ضمان البائع وحدوثه بعده وفي زمان ضمان المشتري فهل هو مانع من الرد أو لا ؟ كما لو جنى جناية قبل العقد فأُخذه المجني عليه بعده، أو شرب ما يوجب مرضه قبل العقد فمرض بعده ونحو ذلك، والأقوى أنَّه لو عدَّ نفس ذلك السبب عيباً فهو من العيب السابق، وإنْ لم يعد عيباً فهو من العيب الجديد، والظاهر أنَّ المثال الأول من الأول، والثاني من الثاني، وسيأتي تمام الكلام إنْ شاء الله.

الثامن: إذا اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيباً، فالوطىء مانع عن الرد بهذا العيب كما عرفت، ولو تعيبت بعد ذلك بعيب آخر في زمان ضمان البائع فهل يجوز ردها بهذا العيب أم لا ؟ وجهان من عدم المسقط له؛ إذ الوطىء سابق عليه، ومن صدق أنَّها جارية موطوءة.

الأقوى الثاني لاطلاق رواية ميسر (كان علي عليه السلام لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمة العيب، وكان يقول عليه السلام معاذ الله أنْ أجعل لها أجراً)[2]، فانَّ مقتضاها عدم الرد بأي عيب كان وإنْ كان بعد الوطىء، بل هو مقتضى التعليل فيها وفي صحيحة ابن مسلم.

بل يمكن دعوى شمول سائر أخبار الوطىء أيضاً، فانَّها دالة على عدم جواز الرد إذا وطئت ثم رأى فيها عيباً، وهو أعم من العيب القديم والجديد، والحاصل أنَّه ليس حال الوطىء حال سائر المسقطات في كونها مانعة عن العيب المتقدم لا المتأخر كالتصرف والاسقاط القولي والفعلي.

نعم يمكن أنْ يدعى أنَّ عدم قيام العين بالتغيير أيضاً كذلك، مثلاً لو كان المبيع

---

(١) تعليقة ٦٩٨.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٨.

معيباً فحدث فيه عند المشتري في زمان ضمانه تغيّر، ثم حصل له خيار كخيار الشرط المنفصل عن العقد، وتعيّب بعيب آخر في زمان ذلك الخيار فانّه يمكن أنْ يقال إنّ التغيّر السابق مانع عن الرد بهذا العيب؛ لصدق عدم قيام العين حين إرادة الرد، فتدبّر.

١٣٤ ـ قوله تِيُّرُ: (على الخلاف المتقدم في ...الخ)[١].

أقول: يعني المتقدم في التصنيف، وإلا فهو متأخر في التأليف؛ إذ سيأتي في آخر الكتاب ذكر هذا الخلاف[٢] إنْ شاء الله، ولم يتقدم البحث عنه.

١٣٥ ـ قوله تِيُّرُ: (ثم إنّه ربما يجعل ...الخ)[٣].

أقول: الجاعل صاحب الجواهر[٤].

١٣٦ ـ قوله تِيُّرُ: (أمّا مثل نسيان الصنعة وشبهه ...الخ)[٥].

أقول: ينبغي أنْ يبحث عن القاعدة الكلية لهذه المسألة، وهي أنّ أياً من الأوصاف يوجب فقده الأرش على تقدير الفسخ ؟ وما المعيار في ذلك ؟ وكذا عن حكم عكسه، وهو ما لو زاد عند المشتري فيه صفة بفعله أو لا بفعله، فأي صفة تقتضي أخذ الأرش من البائع على تقدير الفسخ ؟ ولعلنا نتكلم عليهما فيما سيأتي من أحكام الخيار، كما أنّه قد مضى بعض الكلام فيهما في خيار الغبن[٦].

١٣٧ ـ قوله تِيُّرُ: (لو علل الرد ...الخ)[٧].

أقول: يعني يتم ما ذكره العلامة لو كان دليل الخيار منحصراً بقاعدة الضرر، فانّها لا تجري مع تعارض الضررين، فيرجع حينئذٍ إلى مقتضى الأصل في العقود من

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٠١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢٨١.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٣.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٢.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٥.
(٦) ج ٢، تعليقة ٧٧٣.
(٧) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٥.

اللزوم، لكن ليس كذلك؛ لأنّ الدليل عليه الاجماع والنص، مضافاً إلى القاعدة، فمع عدم جريانها نرجع إلى استصحاب الخيار الثابت بهما.

قلت: قد عرفت أنّ المرجع أولاً اطلاقات الرد، ومع الاغماض عنها نرجع إلى الاستصحاب، ثم يمكن أنْ يقال مع الاغماض عن العمومات لو كان المدرك منحصراً في قاعدة الضرر فمع التعارض المرجع أيضاً استصحاب الخيار؛ لأنّ المفروض ثبوت الخيار قبل حصول العيب الجديد؛ إذ قبله لم يكن تعارض، فمع الشك نرجع إلى استصحابه، إلّا أنْ يقال لا يجري الاستصحاب مع كون المدرك قاعدة الضرر للشك في الموضوع، كما مرّ نظيره في خيار الغبن[1] وغيره، فتدبّر.

❑ تنبيه: هل تبعّض الصفقة مانع من الرد

١٣٨ ـ **قوله** ﴿﴾: **(أنّ من العيب المانع** ...الخ)[2].

أقول: لا بأس بالاشارة الاجمالية إلى ما هو المختار في هذه المسألة، ولنتكلم أولاً في أمور:

أحدها: الظاهر أنّ الخيار فيما عدا خياري الحيوان والعيب حق وحداني متعلق بتمام ما وقع عليه العقد، فلا يجوز بمقتضى القاعدة التبعيض في الفسخ من دون رضا الطرف الآخر، نعم لو كان أحد الطرفين متعدداً فالظاهر جواز التبعيض؛ لأنّ الظاهر ثبوت الخيار لكل واحد، فلو تعدد المشتري فلكل منهما خيار المجلس، فلكل منهما الفسخ في مقدار حصته ولو من دون موافقة الآخر، غاية الأمر أنّ للبائع خيار تبعّض الصفقة، وكذا لو تعدد البائع، بل وكذا في سائر الخيارات؛ وذلك لصدق الموضوع بالنسبة إلى كل منهما، فلو اشتريا حيواناً بالشركة يصدق على كل منهما أنّه صاحب الحيوان بناءً على عدم الفرق في خيار الحيوان بين بيع بعضه وكله، وهكذا الحال في جميع الخيارات.

ودعوى كون خيار واحد للمجموع فيجب توافقهما على اعماله كما في الورثة

---

(١) ج ٢، تعليقة ٣٠٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٨.

عن أحد المتعاقدين مدفوعة بما ذكرنا من شمول الدليل لكل واحد، والفرق بين المقام والورثة معلوم، مع أنّ التحقيق كما سيجيء[١] أنّ لكل من الورثة أيضاً خيار في مقدار نصيبه.

الثاني: ما ذكرنا من عدم جواز التبعيض من جهة وحدة الحق إنّما هو مع عدم رضا الطرف الآخر، وإلا فلو رضي بذلك جاز، وفي الحقيقة يكون راجعاً إلى الاقالة، وفيها لا ينبغي الاشكال في جواز التبعيض؛ لأنّ العقد ينحل إلى عقود، فيجوز حله بالنسبة إلى بعضها دون بعض، والظاهر عدم الخلاف في ذلك في الاقالة إلا من ابن المتوج وهو نادر ضعيف.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام المصنّف؛ حيث يظهر مما ذكره في رد استدلال صاحب الجواهر منع التبعيض بناء على وحدة الحق ولو مع رضا الطرف الآخر، فتدبّر.

والثالث: لا اشكال في تعدد الخيار مع تعدد البيع، والمدار فيه على تعدد العوضين بما هما عوضان، سواء كان البائع والمشتري واحداً أو متعدداً، فلو قال «بعتك هذا الكتاب نصفه بخمسة دراهم، ونصفه الآخر بعشرة» كان البيع متعدداً لتعدد العوضين فيه، وأمّا مجرد تعدد البائع أو المشتري فلا يكفي في تعدد البيع مع عدم ملاحظة تعدد العوضين، وإنْ قلنا بثبوت الخيار لكل منهما لشمول الدليل.

وبالجملة: المدار في الاتحاد والتعدد على وحدة العوضين أو أحدهما وتعددهما، ولا يكفي في التعدد تعدد الثمن فقط كما يظهر من المصنّف ﷺ، بل التحقيق أنّه لا يعقل تعدده إلا مع تعدد المثمن أيضاً؛ إذ المناط كما عرفت التعدد في لحاظ العوضية، ومعه إذا لوحظ تعدد الثمن فلا بدّ وأنْ يلاحظ كل منهما في قبال مقدار من المثمن فيتعدد هو أيضاً، هذا.

ولكن ما ذكرنا من جريان حكم التعدد في هذه الصورة إنّما هو بالنسبة إلى حكم الخيار، وأمّا بالنسبة إلى تبعّض الصفقة وثبوت الخيار لمن تبعّض عليه

---

(١) تعليقة ٥٥٨.

الصفقة فيمكن أنْ يقال إنّه في حكم الواحد، فانّ غرض البائع إنّما تعلق ببيع مجموع الكتاب، فلو ردّ المشتري بالنسبة إلى بعضه جاء خيار التبعّض، وإنْ كان البيع متعدداً.

إلّا أنْ يقال: لا يجب العمل بمقتضى الغرض في جميع المقامات، بل المدار على كونه شرطاً في العقد ولو ضمناً، وإلا فلو كان غرضه بيع المجموع لكن باع بعضاً منه من زيد، وبعضاً آخر من عمرو بعقدين مستقلين لا يجب الوفاء بمقتضى ذلك الفرض قطعاً.

لكن الانصاف الفرق بين هذا الفرض وما ذكرناه من المثال؛ إذ فيما ذكرنا يمكن دعوى كون الغرض شرطاً ضمنياً بخلاف هذا الفرض، وبالجملة خيار تبعّض الصفقة إنّما يجيء من قبل الشرط الضمني أو قاعدة الضرر، ويمكن دعواهما في مثالنا دون الفرض المذكور كما لا يخفى.

ومن ذلك يمكن أنْ يستشكل في ثبوت خيار التبعّض فيما لو لم يرجع إلى الشرط الضمني، ولم يلزم ضرر، وإنْ كان البيع واحداً حقيقةً، كما إذا فرض هناك صبرة حنطة وكان مالكها ممن يكون غرضه بيع الحنطة صاعاً كان أو صاعين، أو منّاً أو منين، ولم يتفاوت حال البائع في ذلك لكونه معداً لبيع الحنطة، فاتفق أنّه اشترى شخص صاعين منها وخرج أحدهما معيباً فأراد ردّه، فانّه يكون بمنزلة ما لو اشترى من أول الأمر صاعاً واحداً، والمفروض عدم تفاوت حال البائع في ذلك، فانّ اثبات خيار التبعّض هنا مشكل؛ إذ لا دليل عليه لعدم الضرر وعدم الشرط الضمني، فتدبّر.

الرابع: الظاهر في خيار الحيوان اختصاصه بخصوصه فلو كان المبيع مشتملاً على الحيوان وغيره لا يجري خيار الثلاثة إلا في خصوص الحيوان، غاية الأمر أنّه إذا رده كان للبائع خيار تبعّض الصفقة؛ وذلك لاختصاص الدليل به، فانّ قوله عليه السلام (صاحب الحيوان المشتري بالخيار)[1] ظاهر في أنّه في الحيوان فقط، وكذلك

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٢.

الظاهر في خيار العيب، فانّ قوله عليه السلام (أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ...الخ)[١] ظاهر في كونه محل الخيار خصوص الشيء المعيب، نعم لو صدق المعيب على المجموع من جهة اشتماله على ذلك البعض كان الخيار في المجموع، لكن هذا إنّما يتم فيما لو كان المبيع شيئاً واحداً عرفياً، وكان بعض أجزائه معيباً، لا ما إذا كان شيئين مختلفي الجنس، وكان أحدهما معيباً، فانّه لا يصدق المعيب على المجموع كما هو واضح.

ومن هنا يشكل الحكم بجواز رد الجميع لعدم تعلق الخيار به إلا من باب تبعّض الصفقة، فانّه لو ردّ المعيب فقط يتبعّض عليه الصفقة، وهو كما يوجب خيار البائع يوجب خيار المشتري أيضاً في الجميع، فما ذكره صاحب الجواهر من أنّ الأدلة ظاهرة في تعلق حق الخيار بمجموع ما وقع عليه العقد لا كل جزء كما ترىٰ؛ إذ ظاهر الأدلة الاختصاص كما لا يخفىٰ على من لاحظها.

وكذا لا وجه لدعوى خروج الفرض عن الأخبار، بدعوى أنّ ظاهرها صورة كون المبيع بتمامه معيباً ولو من حيث اشتماله على الجزء المعيب، فلا تشمل صورة تعدده وكون أحد الشيئين معيباً، فلا بدّ في حكمه من الرجوع إلى القواعد، ومقتضاها اللزوم أو الخيار في المجموع من حيث المجموع، فتدبّر.

إذا عرفت ذلك فنقول:

مقتضى القاعدة في الصورة الأولى: وهي ما لو تعدد أحد العوضين، وكان أحد المتعددين معيباً جواز التفريق مع قطع النظر عن الشهرة، ودعوى عدم الخلاف أو الاجماع على عدمه؛ وذلك لوجود المقتضي وعدم المانع؛ إذ ما ذكر كونه مانعاً أحد أمور:

الأول: ما ذكره صاحب الجواهر[٢] من كون الخيار متعلقاً بتمام ما وقع عليه العقد، لا كل جزء، وقد عرفت أنّ ظاهر الأخبار خلافه، بل يشكل رد الجميع إلا

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٢.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٨.

من باب لزوم تبعّض الصفقة على المشتري.

الثاني: ما أشار إليه المصنّف‌ﷺ من أنّه مقتضى مرسلة جميل؛ لعدم صدق قيام المبيع بعينه إذا ردّ البعض؛ وذلك لأنّ المقصود من قيامه بعينه أنْ يكون كذلك عند البائع، ومن المعلوم أنّه إذا ردّ البعض دون البعض لا يصدق ذلك بالنسبة إليه، وإنْ كان في حد نفسه قائماً بعينه.

وفيه: أنّ متعلق الخيار إذا كان البعض المعيب فلا شك في صدق كونه قائماً بعينه حسبما قرره المصنّف‌ﷺ أيضاً.

الثالث: ما استند إليه‌ﷺ من استلزامه الضرر على البائع؛ لأنّ التبعيض موجب للشركة في الجزء المشاع، وللتفريق في المعين، وكلاهما ضرر ونقص.

وفيه أولاً: منع كون مجرد التفريق ضرراً في جميع المقامات حسبما بيّنا آنفاً.

وثانياً: أنّه مجبور بخيار البائع، وما ذكره من كونه موجباً للضرر على المشتري ـ من حيث إنّه قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح ـ كما ترىٰ؛ إذ لا يجب عليه الفسخ بالتفريق حتى يستلزم خيار البائع في فسخ أصل العقد، فيمكنه أنْ لا يفسخ أصلاً إذا تعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح، والمفروض أنّه على أي حال ليس له امساك الصحيح ورد المعيب، بحيث يكون لازماً؛ إذ على ما ذكره‌ﷺ من كون الخيار في الجميع أيضاً يكون مخيراً بين امساك الجميع ورد الجميع، بل ما ذكرناه أوفق بغرضه؛ إذ لو ردّ المعيب فقط فلعل البائع لا يفسخ في الكل فيبقى له الجزء الصحيح، بخلافه على ما ذكره؛ إذ لا بدّ إمّا من رد الجميع أو امساكه، وهذا واضح، هذا.

مع أنّ مقتضى كون تخلّف غرض المشتري من امساك الجزء الصحيح ضرراً هو تعين ما ذكرنا؛ إذ الزامه برد الجميع أو امساكه منافٍ لذلك، بل الوجه جواز دفع ضرر الصبر على المعيب برده بخصوصه، غاية الأمر أنّ للبائع أيضاً دفع ضرر التفريق عليه بفسخ البيع، هذا.

وأمّا ما ذكره المصنّف‌ﷺ من أنّ مرجع جواز الرد منفرداً إلى اثبات سلطنة

للمشتري على الجزء الصحيح، ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، ومنع سلطنته على الرد أولاً أولى، ولا أقل من التساوي فيرجع إلى أصالة اللزوم.

وحاصله: أنّ دفع ضرر الصبر على المعيب كما يمكن بهذا الوجه يمكن بكونه مخيراً في امساكك الكل أو رد الكل، والثاني أولى؛ لأنّ الأول دفع للضرر بالضرر وإنْ كان منجبراً بخيار البائع؛ إذ الظاهر عدم شمول القاعدة لمثل هذا الفرض، ولو سلمنا عدم الأولوية فلا أقل من التساوي، وعدم العلم بكيفية الشمول فنأخذ بالقدر المتيقن، وهو جواز رد الكل، ونرجع في جواز التبعيض إلى الأصل، ومقتضاه اللزوم من هذه الجهة.

ففيه أولاً: أنّ مدرك خيار العيب ليس منحصراً في قاعدة الضرر، بل العمدة فيه الأخبار، وإذا فرض ظهورها في رد خصوص المعيب فنأخذ به ونحكم على طبقه، وإذا لزم منه ضرر على البائع نرجع فيه إلى قاعدته، وهو كونه مخيراً في الفسخ، فلزوم الضرر عليه إذا كان ممكن الجبر لا يقتضي رفع اليد عن الاطلاقات، وإلا فلقائل أنْ يقول بمنع أصل الخيار، والحكم بلزوم المعاملة بتمامهما؛ لأنّ الحكم بالخيار مستلزم للضرر، وهو كما ترىٰ.

وثانياً: لو كان المدرك منحصراً في قاعدة الضرر أيضاً كان مقتضى القاعدة الحكم أولاً بجواز ردِّ البعض، وحيث إنّه مستلزم للضرر يحكم بخيار البائع، لا أنْ يجعل الأمر دائراً بين أحد الوجهين.

والحاصل: أنّ الموجب للضرر أولاً هو وجود العيب في بعض المبيع، فلا بدَّ من رفعه بخيار المشتري بين امساكه ورده، وإذا اختار الرد يتولد ضرر على البائع من جهة التشقيص، فلا بدَّ من رفعه بخياره في أصل البيع، وامكان دفع الضرر بوجه آخر وهو الزام المشتري بأحد الأمرين من رد الكل أو امساك الكل لا يقتضي تعينه؛ إذ مقتضى القاعدة دفع خصوص ما أوجب الضرر، لا دفع الضرر بأي وجه أمكن، ألا ترىٰ أنّ في خيار الغبن يمكن دفع الضرر ببطلان البيع، وباداء مقدار التفاوت من بيت المال أو من مال الغابن، ومع ذلك لا يجعل هذه الاحتمالات في عرض

الخيار، بل يقال إنّ اللزوم هو الذي أوجب الضرر فلا بدّ من رفعه، فنقول في المقام أيضاً إنّ لزوم البيع بالنسبة إلى البعض المعيب هو الموجب للضرر فلا بدّ من رفعه، هذا.

مع أنّه يمكن أنْ يقال: إنّ لزوم المعاملة على المشتري ضرر، وتعين رد الكل أو امساك الكل أيضاً ضرر عليه؛ لأنّه قد يتعلق غرضه بامساك ملكه من الجزء الصحيح، ولزوم البيع على البائع مع رد المشتري لخصوص المعيب أيضاً ضرر عليه، ولازم هذه كون المشتري مخيراً بين امسكاك الكل ورد الكل، ورد خصوص البعض المعيب، مع خيار البائع على هذا الفرض في فسخ أصل البيع، فتدبّر.

والتحقيق: أنّه إنْ تم الاجماع على عدم جواز التبعيض فهو، وإلا فالحق جوازه وجواز رد الكل أيضاً، وإنْ كان محل الخيار هو خصوص البعض المعيب؛ لما أشرنا إليه من أنّ التشقيص ضرر على المشتري أيضاً، فتدبّر.

وأمّا الصورة الثانية: وهي ما لو تعدد المشتري ففي جواز التبعيض برد أحدهما مقدار حصته أقوال ذكرها المصنّف ﵀، وليعلم أولاً أنّ هذه الصورة أولى بجواز التبعيض من السابقة من وجه، وبالعكس من آخر؛ وذلك لاحتمال كون تعدد المشتري موجباً لتعدد البيع، فيكون لكل منهما خيار مستقل في مقدار حصته، بل يمكن القول بذلك وإنْ لم نقل بتعدد البيع، فتكون أولى من السابقة بالحكم المذكور.

وأمّا وجه العكس فهو أنّ في السابقة يكون المردود تمام المقدار المعيب، بخلافه في هذه الصورة؛ إذ المعيب هو المجموع فردُّ أحدهما مقدار حصته ردٌّ لبعض المعيب، نعم لو فرض كون المعيب خصوص حصة أحدهما، كان يقول «بعت هذا الشيء من فلان، وذلك الشيء من فلان بعشرة دراهم» لا يجري وجه العكس، لكن الظاهر خروج هذا الفرض عن محل كلماتهم، بل هو من تعدد البيع حقيقة، فتدبّر.

وكيف كان فالأقوى جواز التفريق وإنْ لم نقل به في الصورة السابقة؛ وذلك

لشمول دليل الخيار لكل واحد منهما، فانّه يصدق على كل منهما أنّه اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار، ولا وجه لدعوى كون الثابت خياراً واحداً متقوّماً باثنين، فلا يجوز لهما الاستقلال كما في الوارثين عن مورث واحد؛ وذلك لمنع كون المستفاد ذلك، والفرق بين المقام ومسألة إرث الخيار واضح، مع أنّ التحقيق فيها أيضاً جواز الاستقلال كما أشرنا إليه، وسيأتي[1] تحقيقه.

ودعوى انصراف الأخبار إلى غير المقام ممنوعة، كما أنّ ما يقال من أنّ التشقيص ضرر على البائع قد عرفت الجواب عنه، وكذا عرفت الجواب عن عدم صدق كونه قائماً بعينه، بدعوى أنّ المدار فيه على الوصول إلى البائع كذلك، وفي الفرض ليس كذلك.

وبالجملة: المقتضي ـ وهو ظهور الأخبار ـ موجود، والمانع المتصور أحد أمور كلها مدفوعة بما عرفت سابقاً، مع أنّ لازم القول بالمنع من الجهتين الأوليين، وهما دعوى وحدة الخيار أو الضرر على البائع اختيار المنع في سائر الخيارات أيضاً، مع أنّ الظاهر عدم التزامهم به، فانّ الظاهر فيما لو كان المشتري للحيوان متعدداً عدم التزامهم بعدم جواز الرد إلا باتفاق الكل، وهكذا في خيار الغبن والمجلس ونحوهما.

ثم لا فرق فيما ذكرنا بين صورة علم البائع بتعدد المشتري وعدمه، بل على القول بعدم الجواز أيضاً لا فرق، ودعوى أنّه مع العلم بالتعدد يكون مقدماً على الضرر التبعيض كما ترىٰ؛ إذ الاقدام على البيع من اثنين أعم من ذلك كما هو واضح.

ومن ذلك يظهر أنّه لا فرق في ثبوت خيار التبعّض له بناء على المختار من جواز التفريق بين صورة علمه وجهله بالتعدد؛ لأنّ المسقط للخيار اقدامه على الضرر، ومجرد العلم بالتعدد ليس اقداماً عليه، كيف ؟ وإلا لزم في الصورة السابقة أيضاً القول بعدم ثبوت الخيار له على فرض التفريق؛ لأنّ إقدامه على بيع شيئين

---

(١) تعليقة ٥١٧.

أحدهما معيب إقدام على الالتزم بضرر التفريق، مع أنّه ليس كذلك قطعاً.

وأمّا الصورة الثالثة: وهي تعدد البائع فلا اشكال فيه في جواز التفريق، بل الظاهر كما اعترف به المصنّف تَيِّرُ عدم الخلاف فيه أيضاً، لكن لا يخفىٰ أنّ هذا إذا جعلنا المانع في الصورتين الأوليين الضرر على البائع بالتشقيص، وإلا فلو قلنا إنّ المانع وحدة الخيار في تمام المبيع فيجري الاشكال كما لا يخفىٰ.

ثم إنّ هذا في غير صورة تعدد المشتري أيضاً، وأمّا فيها كما فرضه المصنّف تَيِّرُ فيما لو اشترى اثنان من اثنين عبداً واحداً فالحكم كما في الصورة الثانية كما هو واضح.

١٣٩ ـ **قوله تَيِّرُ: (فلا اشكال في كون هذا ...الخ)**[١].

أقول: يمكن الاستشكال في جواز التفريق وإنْ كان العقد متعدداً؛ لأنّ المبيع شيء واحد، وقد يكون غرض البائع متعلقا ببيع مجموعه دون بعضه، والمفروض اتحاد صورة الصفقة أيضاً، بل عن المحقق الثاني[٢] المستشكل في صورة تعدد البائع معللاً باتحاد صورة الصفقة الاستشكال هنا بالأولى، وعن المسالك[٣] امكان تمشّي الخلاف فيما لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحدة منهما معينة، ولو بما يخصها من الثمن لو كان كلياً؛ نظراً إلى اتحاد العقد، ولازمه الاشكال في المقام بالأولى كما لا يخفىٰ، فتدبّر.

١٤٠ ـ **قوله تَيِّرُ: (وكل منهما نقص يوجب ...الخ)**[٤].

أقول: قد عرفت منع كون التفريق مطلقاً نقصاً فلا بدّ من التفصيل بناء على كونه مانعاً.

١٤١ ـ **قوله تَيِّرُ: (إذ قد يتعلق غرضه ...الخ)**[٥].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٩.
(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٣٤.
(٣) مسالك الافهام ٣: ٢٨٦.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٩.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٩.

أقول: قد عرفت ما فيه فلا تغفل.

١٤٢ ـ **قوله** ﴿ﺗﺮ﴾ **: (فانَّ المانع فيهما ليس إلا ...الخ)**[١].

أقول: فيه منع، بل المانع هو تغير الهيئة وإنَّما لا يمنع التغير بما يوجب الزيادة؛ لعدم منافاته لكونه قائماً بعينه عرفاً، وعلى فرضه نلتزم بعدم جواز الرد إلا مع رضا البائع، ودعوى القطع غير مسموعة، نعم لو حصلت الشركة بالنسبة كانت مانعة من الرد أيضاً للضرر.

١٤٣ ـ **قوله** ﴿ﺗﺮ﴾ **: (وقد يستدل ...الخ)**[٢].

أقول: المستدل صاحب الجواهر[٣].

١٤٤ ـ **قوله** ﴿ﺗﺮ﴾ **: (والاصل اللزوم ...الخ)**[٤].

أقول: يعني بالنسبة إلى رد البعض، وإلا فلا اشكال في الجواز بالنسبة إلى رد المجموع.

١٤٥ ـ **قوله** ﴿ﺗﺮ﴾ **: (وفيه: مضافاً إلى أنَّ اللازم ...الخ)**[٥].

أقول: قد عرفت منع هذا اللازم؛ إذ مع رضا البائع يرجع إلى الاقالة، ولا اشكال في جواز التبعيض فيها، والسر فيه انحلال العقد إلى عقود، فيجوز الحل بالنسبة إلى بعضها، ومعناه انحلال العقد الوحداني البسيط من حيث تعلقه بذلك البعض، وهذا كما نقول ببطلانه بالنسبة إلى ما لا يصح تملكه وصحته بالنسبة إلى ما يصح تملكه فيما لو باع خمراً وخلاً أو شاةً وخنزيراً، ولا مانع من كون العقد الواحد البسيط صحيحاً وفاسداً من جهتين، أو منحلاً وباقياً كذلك كما هو واضح، ونظيره في التكاليف ما إذا كان هناك ايجاب وحداني متعلق بمتعدد، فانَّ المكلف لو أتى

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٠٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٠.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٢٤٨.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣١٠.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣١٠.

ببعضه يصدق عليه أنّه مطيع لذلك الطلب وعاصٍ له بالنسبة إلى ما لم ياتِ به.

١٤٦ ـ **قوله تَيُّنُّ: (أنّه لا يشك أحد في أنّ دليل ...الخ)**[١].

أقول: محصل ايراده على صاحب الجواهر أنّه لا اشكال في أنّ حق الخيار حق وحداني متعلق بما تعلق به، ولا يجوز تبعيضه بالنسبة إلى أجزاء ذلك المتعلق، وإنّما الاشكال في أنّ متعلقه هل هو خصوص الشيء المعيب أو مجموع ما وقع عليه العقد.

ولنا أنْ نقول: إنّ ظاهر دليل الخيار الأول، فيكون كأخبار خيار الحيوان، أو لازمه جواز التفريق، نعم يجوز مع ذلك رد الجميع أيضاً من باب أنّ رد البعض تبعّض للصفقة على المشتري، وهو ضرر فيجوز له أنْ يدفعه بالرد في الكل، أو من باب الاجماع، وإلا فمحل الخيار ومورده هو خصوص جزء المعيب، وعلى ما بيّنا يكون المراد من قوله تَيُّنُّ لمجموع المبيع لمجموع ما تعلق به، ولا يمكن حمل العبارة على ظاهرها، كيف ؟ وهو تصديق لصاحب الجواهر، مع أنّه لا يناسب بقية العبارة كما لا يخفىٰ، لكن الانصاف عدم حسن هذا التعبير المحتاج إلى هذا التأويل البعيد، وكيف كان فالمراد واضح.

١٤٧ ـ **قوله تَيُّنُّ: (وأمّا الصدق المعيوب على المجموع ...الخ)**[٢].

أقول: لا يخفىٰ أنّ مقتضى هذا هو اختيار الشق الثاني من الترديد، وهو كون محل الخيار مجموع ما وقع عليه العقد، ألا ترىٰ أنّه علله بقوله (لكونه معيوباً ولو من حيث بعضه) فكان الأولى في بيان سريان الخيار إلى الكل الاقتصار على الوجهين الأولين، وهما الفرار عن تبعّض الصفقة وقيام الاجماع على جواز رد الصحيح معه، ولعله سهو من القلم.

١٤٨ ـ **قوله تَيُّنُّ: (بل غاية الأمر ظهور ...الخ)**[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣١١.

أقول: لا يخفى تشويش العبارة، وظني أنَّ النسخة غير نقية من الغلط، وكيف كان فعلى هذه النسخة التي بأيدينا يمكن أنْ يكون قوله (بل غاية الأمر ...الخ) بياناً للشق الثاني من الترديد، وقوله: (لكن موردها المبيع الواحد ...الخ) بياناً للمختار عنده.

وحاصله على هذا: هل الخيار في المقام نظير خيار الحيوان في الاختصاص أو لا؟ بل هو متعلق بالمجموع؛ لأنَّ ظاهر النصوص الواردة في الرد رد تمام ما وقع عليه العقد، الحق الثاني؛ لأنَّ موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، فلا يشمل ما لو انضم إليه غيره، فما نحن فيه خارج عن مورد الأخبار، ولا دلالة فيها على جواز رد خصوص المعيب أو المجموع.

بل يمكن أنْ يقال: بدلالتها على الاختصاص كأخبار خيار الحيوان، فمفادها رد ما هو متصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي لا جزؤه الاعتباري كأحد الشيئين.

ويمكن أنْ يكون الكلام قد تمَّ عند قوله «أم لا»، ويكون قوله «بل غاية الأمر» استئنافاً للايراد على وجه آخر، ويكون قوله «لكن موردها» تتمة له، وحاصله أنَّه سلمّنا أنَّ ظاهر النصوص رد تمام ما وقع عليه العقد، لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، فلا تشمل ما نحن فيه مما ينضم إليه غيره مما ليس بمعيب، فهو خارج عن مورد الأخبار، ولا دلالة فيها على حكمه، بل قد تدل ـ كأخبار خيار الحيوان ـ على الاختصاص بخصوص المعيب من حيث نفسه أو جزئه الحقيقي، فتدبّر.

ويؤيد الوجه الثاني أنَّه على الأول لا يناسب التعبير بقوله «غاية الأمر»، وعلى الوجهين الأولى أنْ يجعل قوله (بل قد يدل كأخبار ...الخ) بياناً لما ذكره من عدم الدلالة على حكم ما لو انضم إليه غيره، لا ترقياً حسبما بيّنا، فانَّه على بياننا كان للترقي، وعلى هذا فلا يكون المراد خروج ما نحن فيه عن مورد الأخبار، بل المقصود من مجموع الكلام بيان دلالتها على الاختصاص، وهذا بحسب المطلب

أقرب، لكنه خلاف ظاهر العبارة، فتدبّر. ولعلك تظفر على نسخة صحيحة أو على وجه آخر في بيان العبارة.

١٤٩ ـ **قوله تَيِّرُ: (ومنع سلطنته على الرد أولاً أُولى** ...الخ)[1].

أقول: هذا بظاهره استحسان، ولكن يمكن أنْ يوجه بأنَّ دفع ضرر الصبر على المعيب كما يمكن بهذا الوجه يمكن بخيار المشتري بين رد الكل وامسكاك الكل، ولا مرجح لأحد الوجهين.

وفيه: ما عرفت سابقاً من أنَّ مدرك الخيار ليس منحصراً في قاعدة الضرر، بل العمدة فيه الأخبار، وهي ظاهرة في رد خصوص المعيب، فمقتضى القاعدة العمل بها، ودفع ضرر البائع بالتشقيص بخياره، مع أنَّه لو كان المدرك قاعدة الضرر أيضاً يكون الحكم كذلك كما عرفت، فتذكر.

١٥٠ ـ **قوله تَيِّرُ: (والفرق بينه وبين** ...الخ)[2].

أقول: الظاهر أنَّ نظر المجمعين إلى القاعدة؛ إذ من البعيد عثورهم على دليل تعبدي يقتضي اختصاص الخيار بخصوص الحيوان على فرض عدم دلالة الأخبار، هذا مع أنَّه قد اعترف آنفاً بأنَّ ظاهر أخباره الاختصاص، فلا حاجة إلى التمسك بالاجماع بالفرق، ولعله عدل عما ذكره من ظهورها في ذلك لعدم تماميته عنده، ولا يخفىٰ ما فيه، فانَّه مما لا ينبغي الاشكال فيه.

١٥١ ـ **قوله تَيِّرُ: (كما أنَّ للشفيع أنْ يأخذ** ...الخ)[3].

أقول: إمَّا أنْ يتعدد البائع أو المشتري، أو كلاهما أو يكونان متحدين، وعلى الثاني ـ أعني اتحادهما ـ إمَّا أنْ يكون المبيع مشتملاً على ما فيه الشفعة وغيره، أو يكون بتمامه مما فيه الشفعة، وعلى الثاني إمَّا أنْ يتعدد الشقص الذي يرى فيه الشفعة، كما إذا باع شقصاً من دار وشقصاً من أخرىٰ في صفقة واحدة مع وحدة

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣١٢.

الثمن، أو يكون متحداً.

وما ذكره المصنف‌ﺗﻴﺮُّ من جواز الأخذ بالبعض إنّما يتم في غير الصورة الأخيرة، فانّ ظاهرهم فيها عدم جواز التبعيض، بل إمّا أنْ يأخذ في الكل أو يترك في الكل، نعم لو تعدد الثمن ـ بحيث رجع إلى تعدد البيع ـ جاز التبعيض.

نعم يجوز التبعيض عندهم في بقية الصور، ففي صورة تعددهما أو أحدهما فيجوز الأخذ بحصة أحدهما دون الآخر بناءً على جريان الشفعة في أكثر من شريكين، وفي صورة كون المبيع مشتملاً على ما فيه الشفعة وغيره يختص الأخذ بما يجري فيه، ويكون للبائع خيار تبعّض الصفقة على قول، وذهب بعضهم إلى عدمه، وفي صورة تعدد الشقص أيضاً يجوز الأخذ في أحدهما دون الآخر، ولا يجوز الأخذ في بعض أحدهما، وتمام الكلام في محله.

١٥٢ ـ قوله‌ﺗﻴﺮُّ: (إذ لو كان محله المجموع ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنّه لو رضي البائع يرجع إلى التفاسخ، أو يكون في حكمه، فيجوز ولو مع كون المحل هو المجموع، بل يجوز رد الصحيح منفرداً أيضاً، فلا دلالة في كلام العلامة على كون محل الخيار عنده هو الجزء المعيب، فتدبّر.

١٥٣ ـ قوله‌ﺗﻴﺮُّ: (وأمّا الثاني وهو تعدد المشتري ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفى أنّه‌ﺗﻴﺮُّ عكس الترتيب؛ إذ الصورة الثانية إنّما كانت صورة تعدد البائع فلا تغفل.

ثم الأقوال في هذه الصورة حسبما نقله المصنّف أربعة: الجواز، والعدم، والتفصيل بين علم البائع بالتعدد فالأول، وعدمه فالثاني، والتفصيل الذي يظهر من المبسوط[٣]، وهو الجواز مع تحقق القبول من المشتريين، والوجهان مع اتحاد القبول، والأقوى كما عرفت هو الأول.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٢.
(٣) المبسوط ٢: ٣٥١.

١٥٤ ـ **قوله** تَدِّسِرُّه: **(لكن الظاهر بعد التأمل** ...الخ)[1].

أقول: الانصاف ظهور الأخبار في تعدد الخيار وعدم لانصراف.

١٥٥ ـ **قوله** تَدِّسِرُّه: **(إلّا أنَّ يحمل اليمين** ...الخ)[2].

أقول: لا يخفىٰ بعد هذا الاحتمال عن ظاهر العبارة جداً.

١٥٦ ـ **قوله** تَدِّسِرُّه: **(بل ليس قائماً بعينه** ...الخ)[3].

أقول: لا يقال: إنَّه منافٍ لما مرَّ في الصورة الأولى من حكمه بعدم جواز التشبث بالمرسلة؛ لأنَّ المراد من الشيء هو المعيب، ولا شك في قيامه هنا بعينه.

لانا نقول: فرق بين المقامين، فانَّ في الصورة الأولى تمام المعيب مردود، بخلافه في هذه الصورة فانَّ المفروض أنَّ المعيب تمام المبيع، والمردود حصة أحد الشريكين، فيمكن أنْ يقال إنَّ المناط في قيامه بعينه رده إلى البائع كذلك، وفي المقام وإنْ كان من حيث هو قائماً بعينه، إلا أنَّه إذا رد بعضه يصدق أنَّه ليس قائماً بعينه من جهة امساك بعضه.

١٥٧ ـ **قوله** تَدِّسِرُّه: **(ومن ذلك يعلم** ...الخ)[4].

أقول: يعني مما ذكره من أنَّ برده منفرداً نقص ...الخ، وهو وإنْ كان كذلك بناءً على كون هذا النقص مانعاً، إلا أنَّه منافٍ لما ذكره في الصورة الأولى من أنه مع تعدد العقد يتعدد الثمن لا اشكال في جواز التفريق؛ إذ الظاهر أنَّه لا فرق بين التعدد الجائي من قبل تعدد الثمن، أو من قبل تعدد المشتري، هذا.

والانصاف أنَّ مع تعدد العقد يتعدد الخيار، واتحاد المبيع يقتضي ثبوت خيار التبعض للبائع، لا أنْ يكون مانعاً عن أصل التشقيص.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٥.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣١٥.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣١٥.

١٥٨ ـ قوله تيُّ: (فيه: أنّه أخرجه غير مبعّض ...الخ)[١].

أقول: الأولى أنْ يقال: إنَّ هذا لا يوجب عدم الخيار؛ إذ ليس اقدامًا على الضرر، ولو كان مع علم البائع بذلك؛ إذ هو أعم من تشقيص المشتري في الرد، وجه الأولوية أنَّ مجرد الاخراج غير مبعّض لا يثمر ولو مع تعدد العقد، ألا ترىٰ أنّه لو باع نصفه المعين من زيد، ونصفه الآخر من عمرو بثمنين في صفقة واحدة أخرجه غير مبعّض، مع أنّه لا اشكال في استقلال كل منهما في الخيار، وفي جواز الرد.

١٥٩ ـ قوله تيُّ: (وعلم البائع بذلك ...الخ)[٢].

أقول: الأولى أنْ يقال إنّه لا يعد إقداما على الضرر عرفاً؛ لما ذكرنا من أنّه أعم من التشقيص في الرد، وإلا فلو صدق الاقدام عرفاً كفى، ولا يتوقف كون حكم المسألة جواز التبعيض، ألا ترىٰ أنَّ الاقدام على المعاملة الغبنية مسقط للخيار وإنْ لم يكن ملتفتاً إلى كون حكم المسألة كذلك، ففيما نحن فيه أيضاً إذا فرض صدق الاقدام على الضرر كفى، لكنه لا يصدق ولو مع كون حكم المسألة جواز التبعيض، بل ولو علم أنَّ الحكم كذلك، فتدبّر.

١٦٠ ـ قوله تيُّ: (فانَّ أراد أحدهما ردَّ ...الخ)[٣].

أقول: وكذا لو ردَّ أحدهما ربع كل من البايعين، وأمّا لو ردَّ كل من المشتريين إلى أحد البايعين ربعه المنتقل إليه دخل في المسألة الثالثة؛ لأنَّ المردود عليه تمام حصته، فلا تتبعّض عليه الصفقة.

❁ ❁ ❁

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٦.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣١٦.

○ يسقط الأرش دون الرد في موردين:

❑ الاول: اذا اشترى ربوياً بجنسه

١٦١ ـ قوله ﷺ: **(أحدهما إذا اشترى ربوياً ...الخ)**[١].

أقول: لا بأس بالاشارة إلى أمور على سبيل الاجمال:

أحدها: لا اشكال ولا خلاف ـ كما اعترف به في الجواهر ـ أنّ الصحيح والمعيب من جنس واحد ربوي يجوز بيع أحدهما بالآخر مثلاً بمثل، وأنّه لا يجوز التفاضل بمقدار ما يقابل وصف الصحة، وكذا المصوغ وغيره، وكذا كل موصوف بوصف زائد له مالية وفاقده، فانّه يجوز بيع أحدهما بالآخر مثلاً بمثل، قال في الشرائع (ويستوي في وجوب التماثل المصوغ والمكسور، وجيد الجوهر وردية)[٢]، وفي الجواهر (بلا خلاف ولا اشكال)[٣].

الثاني: لا اشكال في أنّ الزيادة الحكمية في أحد الربويين توجب الربا في الجملة، كما إذا اشترط مالاً أو عملاً مع أحدهما، فلا تجب أنْ تكون الزيادة في العين؛ لصحيح عبدالرحمن (إنّ الناس لم يختلفوا في النسيء أنّه الربا)[٤]، و في خبره الآخر (جاء الربا من قبل الشروط، وإنّما تفسده الشروط)[٥].

نعم، لو اشترط وصفاً أو خياراً أو غير ذلك مما ليس مالاً ولا عملاً، كما إذا اشترط تسليم العين في بلد معين، أو اشترط بيعاً آخر ولو ربوياً مثلاً بمثل في بيع الربوي، ففي كونه ربا إشكال.

قال في الجواهر (ليس مطلق الاشتراط في أحد العوضين يتحقق به ذلك، ولعل من ذلك اشتراط الخيار لأحدهما، فانّه لا يتحقق به الربا أيضاً، أقصاه صيرورة البيع

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١٧.
(٢) شرائع الاسلام ٢: ٣٠٣.
(٣) جواهر الكلام ٢٤: ١٣.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب الصرف، ح ١.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الصرف، ح ١.

بالنسبة إلى أحدهما جايزاً، بل قد يقال بعدم تحقق الربا باشتراط غير موضع العقد للتسليم، نحو ما قيل في القرض، بل لا أجد فيه خلافاً بين من تعرّض لذلك كالفاضلين والشهيد و المحقق الثاني وغيرهم، والظاهر أنّ ذلك منهم فيه للأصل والعمومات مع فقد المانع من نص أو اجماع)(١) انتهىٰ.

قلت: وعليه فلو اشترط وصف الصحة في أحدهما ينبغي صحته، سواء كان صريحاً أو ضمنياً، فلو قلنا إنّ اطلاق العقد يقتضي اشتراط السلامة لا يضر في الصحة، وإنْ كان أحد العوضين معيباً، لكن اطلاق ما ذكره مشكل، بل يمكن أنْ يقال مقتضى الخبرين المذكورين كون الشرط زيادة مبطلة، خرج ما خرج، فما ذكره من فقد المانع ممنوع، إلّا أنّ يدعى انصرافها إلى شرط مال أو عمل، وهو كما ترىٰ، والمسألة محل اشكال، وللكلام فيها مقام آخر.

الثالث: ظاهر أدلة الربا اختصاصه بالزيادة في أحد العوضين بحسب جعل المتعاقدين، وبعبارة أخرىٰ الربا زيادة في أحد العوضين بما هو عوض في المعاملة، فلو كان مع أحدهما زيادة ثابتة بحكم تعبدي شرعي أو عرفي، وإنْ أمكن مع التساوي بحسب جعل المتعاقدين لا يكون من الربا.

ومنه ما إذا فرض تحقق تابع لأحد المتماثلين، فانّ توابع المبيع ليست داخلة في العوضين، بل هي ثابتة بحكم تعبدي شرعي أو عرفي، وإنْ أمكن أنْ يقال إنّها وإنْ كانت غير مقصودة حين البيع فعلاً إلا أنّها مقصودة بحسب اللب، فهي أجزاء لأحد العوضين.

وكيف كان فالكبرى مما لا اشكال فيها على الظاهر؛ إذ لا أقل من الشك في شمول دليل الربا للزيادة الخارجية التي لم تكن بجعل المتعاقدين، فمقتضى العمومات الصحة، مع أنّه يصدق عليه أنّه مثل بمثل.

الرابع: التحقيق في الأرش كما عرفت سابقاً أنّه من باب الغرامة الشرعية أو العرفية أيضاً؛ ولذا لا يجب أنْ يسترجع عين الثمن، ولا يكون من باب شغل الذمة

---

(١) جواهر الكلام ٢٤: ٣٣.

من حين العقد، بل إنّما يشتغل ذمة البائع به حين اختياره، ويظهر من الشهيد الثاني في الروضة[1] أنّه يشتغل به الذمة من حين العقد، وأنّه بمنزلة بعض العوض، والتخيير بين أخذه والعفو عنه ورد المبيع لا ينافي ثبوته، غايته التخيير بينه وبين أمر آخر، فيكون ثابتاً ثبوتاً تخييرياً.

وهنا احتمال آخر يظهر من الروضة أيضاً، وهو أنْ يكون اختيار الأرش كاشفاً عن شغل الذمة من حين العقد، فيكون من باب الشرط المتأخر.

ويظهر من بعض عبارات الأصحاب على ما في الجواهر احتمال آخر وهو أنْ يكون جزءً من الثمن حقيقة قد انفسخ العقد بالنسبة إليه؛ لعدم وصف الصحة المقابل له، ونقل عن ذلك البعض أنّه جعل الخيار بالعيب من باب تبعّض الصفقة، لكن لا يخفىٰ أنّ هذا الاحتمال وإنْ كان ربما يؤيده التعبير في النصوص بالرد والرجوع ونحوهما، بل ما في بعضها من أنّه كان علي عليه السلام يضع من ثمن الجارية بقدر عيبها، إلا أنّه ينبغي القطع بفساده:

أولاً: لظهور الاجماع على خلافه.

وثانياً: لأنّ لازمه الانفساخ بالنسبة إلى ذلك البعض، وإنْ لم يختر الأرش؛ إذ لا يقبل حينئذٍ الاسقاط، مع أنّه خلافه الاجماع؛ إذ له أنْ يسقطه بلا اشكال، ولا يكون من باب الهبة أو الابراء قطعاً.

وثالثاً: لا اشكال في عدم وجوب كون الأرش من عين الثمن.

ورابعاً: أنّ لازمه كون البائع أيضاً مخيراً لتبعّض الصفقة بالنسبه إليه أيضاً، إلى غير ذلك.

وأمّا الاحتمالان المتقدمان فلا يساعد عليهما ظواهر الأخبار وكلمات الأصحاب، فتعين ما ذكرنا من أنّه غرامة شرعية أو عرفية أمضاها الشارع أيضاً، وأنّ شغل الذمة بها حين اختياره.

إذا عرفت ذلك فنقول: لا ينبغي الاشكال في مسألتنا في جواز أخذ الأرش

---

(١) الروضة البهية ٣: ٤٧٤.

وعدم المانع منه؛ إذ على المختار من كونه غرامة شرعية أصلية أو ممضاة فواضح؛ لعدم كونه زيادة في أحد العوضين، بل هي ثابتة بعد العقد حين اختيار الأرش، والمعتبر كونه زيادة حين العقد وبجعل المتعاقدين.

وأمّا على ما ذكره الشهيد من الاحتمالين فهي وإنْ كانت حين العقد إلا أنّها ليست بجعل المتعاقدين، وقد عرفت أنّ مثله لا يعدُّ من الربا، وعلى فرض كون مطلق الزيادة رباً، وعدم الفرق بين ما يكون جزء حقيقة أو بمنزلة الجزء فمقتضى القاعدة البطلان من الأول، سواء اختار الأرش أو الرد أو العفو؛ لأنّ الزيادة حاصلة حين العقد وبمجرده، فلا وجه للحكم بصحة المعاملة وسقوط الأرش، مع أنّ الاجماع منعقد، مضافاً إلى ما عرفت من مقتضى القواعد على صحة المعاملة وجواز الرد والعفو.

وأمّا على الاحتمال الأخير فمقتضى القاعدة أيضاً البطلان، لا سقوطه؛ لأنّ المفروض أنّ بعض الثمن باقٍ على ملك مالكه، وتمام المثمن منتقل إلى المشتري، وهذا رباً؛ إذ لا اعتبار بوصف الصحة المفقودة؛ لما عرفت من أنّ المدار على الزيادة المقدارية، بمعنى أنّها موجبة للبطلان، وإنْ كان في مقابلها وصف موجود.

وبالجملة: فالحكم بصحة المعاملة وسقوط الأرش مما لا وجه له على شيء من الاحتمالات، ومن ذلك ظهر أنّ ما ذكره المصنّف‰ من أنّ المسألة في غاية الاشكال مما لا وجه له، بل هي في غاية الوضوح؛ إذ غاية ما يمكن أنْ يقال في تقريب سقوطه كونه بمنزلة الجزء من أحد العوضين عرفاً إذا اختاره، لا بأنْ يكون ثابتاً حين العقد حتى يستلزم البطلان، وإذا كان كذلك فيلزم الربا؛ إذ ليس في مقابله إلا وصف الصحة التي لا يقابل بالمال، ويكون ملغى في باب الربا، ولذا لا يجوز أنْ يجعل بازائه شيء في الطرف الآخر، بلا اشكال كما عرفت.

وفيه أولاً: أنّ كونه بمنزلة الجزء لا يثمر في المطلب بعد ظهور الأدلة في اعتبار التماثل في العوضين، والمفروض حصوله.

وثانياً: أنّه لو سلّم فانّما يسلّم إذا كان من حين العقد، لا ما إذا حدث بعده حين اختيار الأرش، فانّ هذه الزيادة لا اعتبار بها.

ودعوى: أنّ مقتضى أدلة الربا عدم الزيادة حتى بالنسبة إلى ما هو بمنزلة الجزء وإنْ لم يكن ثبوته بجعل المتعاقدين؛ وحتى فيما يتحقق بعد العقد أيضاً.

مدفوعة: بالمنع، مع أنّه لا أقل من الشك، والعمومات كافية.

ثم إنّ هنا موضعاً آخر يسقط فيه الأرش دون الرد لم يتعرض له المصنّف ﵀، وهو ما إذا كان العوضان من النقدين فظهر عيب في أحدهما بعد انقضاء المجلس، فانّ قبض المجلس شرط في صحة الصرف بناءً على بعض الوجوه أو الأقوال؛ وذلك لأنّ المشهور بين من تعرّض للمسألة أنّه لا يجوز أخذ الأرش من النقدين، ويجوز من غيرهما إذا كان بعد التفرّق عن مجلس العقد.

أمّا الأول فلما ذكر من اشتراط القبض في مجلس الصرف، وأمّا الثاني فلأنّه إذا أخذ الأرش من غير النقدين يكون بمنزلة بيع وصرف، وقد حصل القبض بالنسبة إلى الثاني على ما هو المفروض، والأول لا يحتاج إلى ذلك.

وذهب بعضهم إلى جواز أخذه حتى من النقدين، وهو الموافق للتحقيق؛ لأنّ الأرش ليس جزءً من أحد العوضين، وإنّما هو غرامة شرعية على ما عرفت، فلا يعتبر فيه القبض في المجلس، ويظهر من بعض الكلمات أنّه إذا أخذ الأرش من النقدين يعتبر فيه القبض في مجلس اختيار الأرش، وإنْ أخذ من غيرهما فلا يعتبر فيه ذلك.

ويظهر من أول كلام الشهيد في الروضة أنّه لا يجوز أخذ الأرش حتى من غير النقدين، أمّا منهما فواضح، وأمّا من غيرهما فلأنّ الثابت في الذمة حين اختيار الأرش هو النقد الغالب، واتفاقهما على غيره معاوضة على ما ثبت في الذمة أرشاً، لا نفس الأرش، وحاصله أنّه لا فرق بين النقدين وغيرهما.

لكن في آخر كلامه اختيار بطلان المعاملة بنسبة ما قابل الأرش؛ لعدم تحقق الشرط بالنسبة إليه، قال (والحق أنّا إنْ اعتبرنا في ثبوت الأرش السبب لزم بطلان

البيع فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقاً، وإنْ اعتبرنا حالة اختياره، أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل لزم جواز أخذه في مجلسه مطلقاً، وإنْ جلعنا ذلك كاشفا عن ثبوته بالعقد لزم البطلان فيه أيضاً، وعلى كل حال فالمعتبر فيه النقد الغالب، وما اتفقا على أخذه أمر آخر، والوجه الأخير أوضح، فيتجه مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقاً، وإنْ رضي بالمدفوع لزم)[1] ثم أورد على نفسه وأجاب فراجع.

فمقتضى ما يظهر من أول كلامه سقوط الأرش وتعين الرد، وأمّا على الوجوه الأخر فلا يسقط الأرش كلياً بل بالنسبة إلى خصوص النقدين، فلا يتعين الرد.

والتحقيق: ما عرفت من جواز أخذه حتى من النقدين، وتمام الكلام والنقض والابرام في محله، والغرض الاشارة إلى ما هو متعلق بالمقام في الجملة.

١٦٢ ـ **قوله**: (**بعد أنْ حكاه وجهاً ثالثاً** ...الخ)[2].

أقول: وإنْ كان يظهر من مجموع كلام التذكرة وجوه ثلاثة:

أحدها: جواز أخذ الأرش.

الثاني: عدم جوازه.

الثالث: جوازه من غير الجنس لا منه.

حيث قال ـ بعد جملة من الكلام ـ (وإذا أخذ الأرش قيل يجب أنْ يكون من غير جنس العوض؛ لئلا يلزم ربا الفضل، والأقرب جواز أنْ يكون من جنسهما؛ لأنَّ الجنس لو امتنع ...الخ)[3].

لكن الوجوه الثلاثة التي يشير إليها المصنِّف على ما هو ظاهر كلامه ليست متعلقة بما هو بأيدينا، بل هي متعلقة بما إذا حدث عيب جديد في يد المشتري فيما كان من الربوي معيباً بالعيب القديم.

ثم قال ما ملخصه (مسألة لو كان المبيع من أحد النقدين كآنية من ذهب أو فضة

---

(١) الروضة البهية ٣: ٣٩٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٧.

(٣) التذكرة ١١: ١٣٢.

ثم اطلع على عيب قديم كان له الرد دون الأرش؛ لاشتماله على الربا ...إلى أنْ قال: فانْ حدث عند المشتري عيب آخر لم يكن له الأرش؛ لما تقدم، ولا الرد مجاناً، ولا الرد مع الأرش ...إلى أنْ قال: فطريق التخلّص فسخ البيع، والزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيباً بالعيب القديم، سليماً عن الجديد، ويحتمل الفسخ مع رضا البائع، ويرد المشتري العين وأرشها، ولا ربا.

ثم قال: وللشافعية ثلاثة أوجه، اثنان منها هذان الاحتمالان، والثالث أنْ يرجع المشتري بأرش العيب القديم كما في غير هذه الصورة، والمماثلة في مال الربا إنّما يشترط في ابتداء العقد.

ثم قال: وهذا الوجه عندي لا بأس به ...إلى أنْ قال: وإذا أخذ الأرش قيل يجب أنْ يكون من غير جنس المعوض ...الخ)[١] انتهى ملخصاً، وعليك بالمراجعة.

١٦٣ ـ **قوله ﴿يَرُ﴾: (أنَّ المستفاد من أدلة ...الخ)**[٢].

أقول: لا يخفى عدم حسن العبارة في تأدية المراد، وحاصله أنَّ المستفاد من أدلة الربا بعد كون المدار على المقدار من غير نظر إلى وصف الصحة وجوداً وعدماً وكون الصحيح المعيب جنساً واحداً عدم جواز أخذ الأرش الذي هو عوض وصف الصحة، فيكون بمنزلة الجزء من أحد العوضين، ويستلزم الزيادة المقدارية، ويظهر جوابه مما مرَّ فلا نعيد.

١٦٤ ـ **قوله (أنَّ وصف الصحة في أحد الجنسين ...الخ)**[٣].

أقول: يعني أنّه ليس مقابلاً بالمال حتى يكون الأرش في مقابله، فلا يلزم الزيادة المقدارية في أحد العوضين ...الخ، وهو الطرف المعيب، وإذا لم يكن مقابلاً بالمال فيكون أخذ الأرش مستلزماً للزيادة المقدارية، وموجباً للخروج عن كونه مثلاً بمثل.

---

(١) التذكرة ١١: ١٣١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣١٨.

١٦٥ ـ **قوله** ﴿قدس سره﴾: **(ولا بدَّ من مراجعة أدلة الربا ...الخ)**[١].

أقول: يعني ملاحظة أنَّ المدار على مطلق الزيادة حتى ما كان بعنوان الغرامة، وحتى ما كان متحققاً بعد العقد، وحتى ما لم يكن بجعل المتعاقدين أولاً، بل يختص بما كان جزءً حقيقةً ومتحققاً حين العقد وفي مقام المعاوضة وجعل المتعاقدين.

١٦٦ ـ **قوله** ﴿قدس سره﴾: **(وفهم حقيقة الأرش ...الخ)**[٢].

أقول: يعني وملاحظة أنَّه جزء أو غرامة عرفية أو شرعية.

❑ الثاني: لو لم يوجب العيب نقصاً في القيمة

١٦٧ ـ **قوله** ﴿قدس سره﴾: **(وقد يناقش في ذلك ...الخ)**[٣].

أقول: حاصل المناقشة: أنَّ الخصاء لا بدَّ وأنْ يكون موجباً لنقص القيمة، فيثبت الأرش.

وحاصل الجواب: منع ذلك، وأنَّه يمكن أنْ لا يكون منقصاً لها، بل موجباً للزيادة، ومع ذلك فهو عيب، فيكون مما يثبت فيه الرد دون الأرش.

قلت التحقيق: أنَّه إذا كان كذلك لا يكون عيباً كما سيجيء من المصنِّف ﴿قدس سره﴾ أيضاً، فتدبّر.

ثم إنَّ هنا موضعاً آخر لسقوط الأرش دون الرد، وهو ما إذا اشترط سقوطه أو أسقطه بعد العقد، ولا يضر اتحاد السبب في تخصيص الساقط به دون الرد كما في العكس.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣١٩.

○ يسقط الرد والارش بأمور:

❑ الاول: العلم بالعيب

١٦٨ ـ **قوله تَتِئُّ: (لأنَّ الخيار إنَّما ثبت مع الجهل ...الخ)**[١].

أقول: وذلك لاختصاص مورد الأخبار بصورة الجهل؛ حيث إنَّ فيها «ثم علم بذلك العيب» أو «وجد فيه عيباً» أو «وعلم» أو نحو ذلك، كقوله «ثم رأى فيها عيباً»، ويدل على المطلب أيضاً أنَّ اقدامه مع العلم دليل الرضا بالمعيب كما لا يخفىٰ، فتدبر.

١٦٩ ـ **قوله تَتِئُّ: (وقد يستدل بمفهوم ...الخ)**[٢].

أقول: المستدل صاحب الجواهر[٣]، وتتمم دلالتها بعدم القول بالفصل بين عدم الأرش والرد معه.

وأما وجه النظر فهو أنَّ الجملة الشرطية مسوقة لبيان حكم أحداث الحدث فيه بعد القبض وقبل العلم بالعيب، فليس لها مفهوم بالنسبة إلى التبري والتنبيه على العيب، وإنْ شئت فقل إنَّها لبيان تحقق الموضوع، وهو العيب الغير المتبرأ إليه الذي لم ينبه به، والشرط الذي لبيان تحقق الموضوع لا مفهوم له بالنسبة إليه كقوله «إنْ رزقت ولداً فاختنه»، هذا.

ولكن يمكن منع ذلك؛ فانَّ الموضوع إذا كان مقيداً بقيد يكون له المفهوم بالنسبة إلى ذلك القيد، فيكون نظير أنْ يقال «إنْ رزقت ولداً ذكراً سوياً فاختنه»، هذا مع أنَّ تقييد الموضوع بالقيدين المذكورين يدل على اختصاص حكم العيب بهما، وإنْ شئت فقل إنَّ مفهوم القيد معتبر في المقام، وكيف كان فالانصاف ظهور الرواية في التخصيص.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٨.

فان قلت: إنَّ مقتضى المفهوم المذكور سواء كان مفهوم شرط أو مفهوم قيد سقوط الخيار مع التنبيه لا مع مطلق العلم، وإنْ كان بغير التنبيه.

قلت: الظاهر طريقية ذلك لا موضوعيته، فالمناط هو العلم، فتدبّر.

ثم إنَّ سقوط الخيار مع العلم إنَّما هو إذا كان المعلوم العيب الموجود فيه، وأما لو علم بعيب وكان فيه عيب آخر أيضاً ثبت الخيار من جهته، وكذا إذا كان الواقع زائداً على المقدار المعلوم، بل وكذا لو تخيّل عيباً فبان عدمه، وتعيّبه بعيب آخر وإنْ كان مساوياً للذي تخيله أو أنقص.

ثم لا يبعد أنْ يلحق بالعلم الظن القوي، بل الضعيف إذا كان بحيث لا يجري معه أصل السلامة، كما إذا كان الغالب في ذلك الشيء بحسب المتعارف كونه معيباً.

ثم الظاهر أنَّه لو علم بالعيب ثم نسيه حكمه حكم الجهل، وفي الجواهر[1] الحاقه بالعلم؛ لاطلاق النصوص والفتاوى، ولا وجه له.

١٧٠ ـ **قوله ﴿ﷺ﴾: (فلو اشترط العالم** ...الخ)[2].

أقول: يظهر من صاحب الجواهر[3] صحته.

❑ الثاني: التبرّي من العيوب

١٧١ ـ **قوله ﴿ﷺ﴾: (فاذا صرّح البائع** ...الخ)[4].

أقول: يمكن منع ذلك، فانَّه لا منافاة بين البناء على أصل السلامة وبين التبرّي، بمعنى سقوط الخيار على فرض التخلّف كما لا يخفى، فتدبّر.

١٧٢ ـ **قوله ﴿ﷺ﴾: (اطلاق صحيحة زرارة** ...الخ)[5].

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٠.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٢٣٨.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٢١.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٢١.

أقول: لا يخفىٰ أنَّ دلالتها على السقوط بالتبري والسقوط بالعلم ليس على نسق واحد، ومع الاشكال في الثاني لا وجه للتمسك بها للأول.

١٧٣ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنّا نقول إنَّ التبرِّي** ...الخ)[١].

أقول: الأولى أنْ يقال في الجواب إنَّ التبرّي معناه اشتراط سقوط الخيار، بمعنى عدم ثبوته، فلا يكون من البراءة مما لم يجب، وعلى فرضه فقد عرفت مراراً أنَّ اسقاط ما لم يجب في محل الوجوب مما لا مانع منه إذا كان متشبثاً بالوجود من جهة وجود مقتضيه، لا عقلاً ولا شرعاً، نعم إنَّما الممنوع عقلاً اسقاطه فعلاً مع فرض عدم ثبوته، والممنوع شرعاً من جهة الاجماع اسقاطه قبل وجود مقتضيه ولو باعتبار محل ثبوته.

١٧٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد اعترف**ﷺ **في بعض كلماته** ...الخ)[٢].

أقول: اسقاط خيار الرؤية بعد العقد وقبل الرؤية لا دخل له بما نحن فيه من اشتراط سقوطه؛ إذ قد عرفت أنَّ اشتراط السقوط ليس اسقاطاً، بل هو بمعنى عدم الثبوت؛ فيكون من شرط النتيجة، ولا مانع منه، ومن ذلك يظهر أنَّ حكمهﷺ بجواز اشتراط نفي خيار الرؤية لا ينافي حكمه بعدم جواز اسقاطه بعد العقد وقبل الرؤية، فلا وجه لقوله (نعم ذكر في التذكرة ...الخ)، ولا لقوله (لكنه مخالف لسائر ...الخ).

١٧٥ ـ **قوله**ﷺ: **(بل الغرر في الأول أعظم** ...الخ)[٣].

أقول: هذا وجه آخر للاشكال في صحة التبرّي، وكان الأولى فصله عما سبق، لا التعبير بما عبّر، فتدبّر.

ثم الظاهر أنَّ وجه الأعظمية، أعظمية كون المبيع معيباً من كونه فاقداً لبعض صفات الكمال، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٢.

١٧٦ ـ **قوله**ﷺ: **(باندفاع الغرر ...الخ)**[١].

أقول: هذا ينافي ما ذكره آنفاً وفاقاً للتذكرة من أنّه إذا صرّح البائع بالبراءة يرتفع اقتضاء اطلاق العقد السلامة.

ثم إنّه قد مرّ منّا سابقاً أنّ الغرر لا يندفع بمجرد الالتزام بوجود الصفات، بل لا بد من حصول الوثوق بوجودها من أمر آخر، ومعه فلا بأس باشتراط عدم خيار الرؤية كما في المقام، فراجع[٢].

١٧٧ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنّ البراءة في هذا المقام ...الخ)**[٣].

أقول: الفرق بين كل من الوجه الأول والثالث مع الثاني واضح، إذ هو مختص بسقوط الأرش دونهما، وأما الفرق بينهما فهو أنّ اشكال الغرر إنّما يتوجه على فرض تسليمه في الوجه الأول دون الثالث؛ إذ في الأول يكون كأنّه باعه على كل تقدير، بخلاف الثالث فانّه ليس فيه إلا اسقاط الخيار، وهو لا ينافي الاعتماد على أصالة السلامة الرافعة للغرر حسبما عرفت مراراً.

وأيضاً ما يذكره بعد ذلك من أنّ التبرّي إنّما يسقط تأثيره من حين الخيار، لا من حيث سائر الأحكام إنّما يتم على فرض تسليمه في الثالث، دون الأول؛ إذ لازم التبرّي عن عهدة العيب كونه كأنْ لم يكن كما لا يخفىٰ.

ومن ذلك يظهر أنّه لا اطلاق كلام المصنّفﷺ في ذلك؛ حيث قال (ثم إنّ تبرّي البائع عن العيوب مطلقاً ...الخ) فانّه على فرض إرادة الوجه الأول لا وجه لعدم التأثير من حيث سائر الأحكام، خصوصاً حكم الضمان الذي أشار إليه، فتدبّر.

١٧٨ ـ **قوله**ﷺ: **(الثاني ضمان العيب ...الخ)**[٤].

أقول: يعني التبرّي من الضمان المصطلح، وهو ما يتعلّق بالمال؛ ولذا يختص بالأرش، وإلا فمعنى الضمان والعهدة واحد كما لا يخفىٰ، فلا يبقى فرق بينه وبين

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٢.
(٢) تعليقة ٩٦٩ وما بعدها.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٣.

الأول.

١٧٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنَّ تبرّي البائع ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفىٰ ما في هـذه العبارة مـن عـدم حسـن التـأدية وايـهام خـلاف المقصود؛ إذ الظاهر منها كون الكلام في التلف بسبب العيب في زمان خيار آخر فعلي، وأنّه على البائع، ولا يسقط ضمانه عنه بسبب التبرّي، وكذا ظاهر عبارة الدروس[٢]، مع أنّ المقصود ليس كذلك، بل المراد أنّ التبرّي إنّما يسقط الخيار فقط، وأما حكم التلف في زمان الخيار ـ الذي هو كونه على من لا خيار له، وهو البائع في المقام ـ فلا يزول ولا يسقط، سواء كان التلف بسبب العيب أو غيره؛ وذلك لعموم الأخبار الدالة على ذلك، كقوله؏ (وإنْ كان بينهما شرط أياماً معدودةً فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع)[٣]، وكقوله؏ (ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه)[٤]، وكقوله؏ ـ في العبد المشتري بشرط، فيموت (يستحلف بالله ما رضيه، ثم هو بريء من الضمان)[٥].

والحاصل: أنّ أثر التبرّي إنّما هو مجرد سقوط الخيار، وأما ما يقتضيه قاعدة التلف في زمان الخيار من كون ضمانه على البائع فهو باقٍ، ولا يسقط بمجرد التبرّي؛ إذ يكفيه شأنية الخيار وبقاء علاقته وإنْ لم يكن ثابتاً فعلاً، هذا.

ولكن الانصاف أنّه مشكل، أولاً من جهة أنّ شمول تلك القاعدة وأخبارها لخيار العيب محل تأمل واشكال كما سيجيء في أوآخر الكتاب[٦]، وهنا نص في خيار العيب، بل النصوص المذكورة إنّما هي في خيار الحيوان والشرط.

وثانياً: على فرض التعميم ظاهر الفتاوى والنصوص صورة وجود الخيار فعلاً،

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٤.
(٢) الدروس الشرعية ٣: ٢٨٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ١.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.
(٦) كتاب المكاسب ٦: ١٨١.

وأما إذا سقط ـ كما هو المفروض ـ فلا يكون مشمولاً لها، خصوصاً الخبر الأخير؛ حيث يظهر منه أنّه لو رضي وسقط خياره يكون الضمان عليه، فتدبّر.

ثم إنّ ذلك لو تمّ إنّما يتم في الصورة الثانية، وهي ما إذا كان المراد التبرّي من حكم العيب، وهو الخيار لا الصورة الأولى كما بيّناه آنفاً، هذا.

والانصاف أنّ المصنّف سامح في المقام في العبارة، وفي أصل المطلب بما لا يكون مغتفرا، فتدبّر فلعل مقصوده غير ما فهمنا.

والتحقيق أنّ يقال: كل حكم يكون معلّقاً على الخيار الفعلي يكون ساقطاً بسقوطه، وكل حكم يكون معلّقاً على وجود العيب أو تحقق الثاني فهو ثابت، فتدبّر.

١٨٠ ـ قوله: (وأقوى إشكالاً ما لو تلف ...الخ)[1].

أقول: هذه العبارة في ايهام خلاف المقصود أقوى كما لا يخفى.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٤.

○ امور قيل يسقط بها الرد والأرش :

❑ الاول: زوال العيب قبل العلم به

١٨١ ـ **قوله ﷺ: (وظاهر في سقوط الأرش ... الخ)**[١].

أقول: لعله من جهة قوله وسبق العيب لا يوجب خياراً.

١٨٢ ـ **قوله ﷺ: (فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار ... الخ)**[٢].

أقول: يعني من جهة وجود الدليل على خلافه، وهو ظهور ما تلبس بالعيب.

قلت: مع أنّه من الشك في المقتضي، فلا يجري فيه الاستصحاب على مذاق المصنّف ﷺ، هذا مع أنّه إذا كان زوال العيب قبل العلم فليس له حالة سابقة أيضاً بناءً على كون الخيار حادثاً بعد العلم، بل وكذا إذا كان زواله بعده؛ لاحتمال كون الزوال قبل الرد كاشفاً عن عدم ثبوته من الأول، فتدبّر.

١٨٣ ـ **قوله ﷺ: (وأمّا الأرش فلما ... الخ)**[٣].

أقول: الانصاف عدم الفرق بين الرد والأرش، ودعوى استقرار الثاني بالعقد دون الأول كما ترىٰ، وظهور الدليل في رد ما هو متلبس بالعيب مشترك الورود، فانا نقول بالنسبة إلى الأرش أيضاً كذلك، خصوصاً مع أنّ الأرش غرامة لا يثبت إلا بعد المطالبة.

والتحقيق: سقوطهما معاً؛ للظهور المذكور، مضافاً إلى امكان دعوى الانصراف بملاحظة حكمة الحكم، وهو ضرر الصبر على المعيب، فانّ الحكمة قد تكون منشأً للانصراف كما لا يخفىٰ.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٥.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٥.

١٨٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وهو أنَّ الزائد العائد ...الخ)**[١].

أقول: المراد بالزائد في المقام هو وصف الصحة، هذا وفي كون المقام من فروع هذه القاعدة تأمل؛ إذ الصحة قبل العقد لم تكن مناطاً لمطلب، بل المناسب أنْ يقال هل الحكم مادام الوصف أو لا؟ بل الوصف ـ أعنى العيب ـ علة محدثة للحكم، ومثل هذا ليس من فروع القاعدة، ألا ترىٰ أنَّه ليس منها مسألة زوال تغيّر الماء من قبل نفسه، حيث يشك في كونه مطهراً أو لا، نعم لو زال العيب قبل الرد ثم عاد فهو داخل في فروع القاعدة.

والتحقيق: عود الحكم بناءً على سقوط الخيار بزوال العيب، لكن يشترط أنْ يصدق عليه أنَّه العيب السابق، وأما إذا عدَّ عيباً جديداً نظير العيب السابق فلا .

ثم إنَّ ما حكي عن الشافعي ليس إلا سؤالاً، ففي عده قاعدة مخترعة ما ترىٰ، والمصنِّفﷺ ينقل عنه مراراً هذه القاعدة، والظاهر أنَّه أعجبه حسن هذه العبارة، وإلا فليس شيئاً كما لا يخفىٰ.

❑ الثاني: التصرف بعد العلم بالعيب

١٨٥ ـ **قوله**ﷺ: **(والنص المثبت ...الخ)**[٢].

أقول: وهو صحيحة زرارة[٣] ومرسلة جميل[٤]، بل أخبار وطىء الجارية[٥]، واختصاصها بالتصرف قبل العلم ظاهر، فانْ سلّمنا كون التصرف مسقطاً لأمرين ودليلاً على الرضا بالمعيب فالحق مع ابن حمزة، لكنا نمنع ذلك.

١٨٦ ـ **قوله**ﷺ: **(والأولى أنْ يقال ...الخ)**[٦].

أقول: يعني إنْ سلمنا أنَّ التصرف دليل الرضا بالمعيب أيضاً لا يتم ما ذكره ابن

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٦، في نسخة اشار إليها في الحاشية.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٦.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٣.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العيوب .
(٦) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٦.

حمزة؛ فانَّ سقوط الأرش يحتاج إلى الابراء، والتصرف لا يدل عليه، فانَّ الرضا بالمعيب لا ينافي أخذ الأرش، فانَّ معناه أنَّه راضٍ بأنْ يكون له ذلك بوصف كونه معيباً، وهذا لا يدل على أنَّه راضٍ بعدم أخذ العوض أيضاً.

قلت: الرضا بالمعيب يتصور على وجهين، أحدهما ذلك، والآخر الرضا به، بمعنى الاغماض عن كونه معيباً، ولازمه الرضا بعدم أخذ الأرش، فيكون في معنى الابراء عن عهدة العيب، وفي الحقيقة الوجه الأول ليس رضا بالمعيب بما هو معيب، بل بما هو مبيع؛ فما ذكره **المصنِّف**ﷺ من الرد إما راجع إلى ما ذكره الراد، وإما غير تام؛ إذ على الوجه الثاني نمنع عدم دلالة التصرف على الابراء، وعلى الوجه الأول يرجع إلى أنَّه دليل الرضا بالمعيب بالمبيع، لا بالمعيب، فتدبّر.

١٨٧ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنَّ اختصاص ...الخ)**[1].

أقول: اختصاص النصوص بصورة التصرف قبل العلم مما لا ينبغي أنْ يتأمل فيه، فراجعها.

❑ الثالث: التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته

١٨٨ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد يستشكل ...الخ)**[2].

أقول: هذا الاشكال إنَّما يتوجه إذا قلنا ان التصرف مسقط تعبدي؛ إذ حينئذٍ يكون تعبد الشارع بسقوط الرد مستلزماً للضرر، أعني ضرر الصبر على المعيب، ولا مدفع له إلا بالتزام عدم السقوط، وأنَّ القدر المسلّم منه ما لم يستلزم ضرراً، أو أنَّ الدليل وإنْ كان عاماً إلا أنَّ قاعدة الضرر حاكمة على أدلة الأحكام.

وأما إذا قلنا بكونه مسقطاً من باب القاعدة، ومن حيث إنَّه انشاء للاسقاط فلا موقع له؛ لأنَّه أقدم على الضرر بنفسه من حيث انشائه للاسقاط، والمصنِّفﷺ قد خلط بين الوجهين، وتحرير المطلب ما ذكرنا، فلا تغفل.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٦.

❑ الرابع: حدوث عيب في المعيب

١٨٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ومنها حدوث العيب ... الخ)**[١].

أقول: التحقيق في هذه الصورة ما ذكره المصنِّف ﷺ من عدم سقوط الرد مع ضمان أرش المعيب؛ لما ذكره من اختصاص المرسلة بصورة امكان الأرش وعدم دليل آخر على السقوط من اجماع أو غيره، هذا ولو قلنا بشمول المرسلة فالحق السقوط لعدم المانع لها بعد معارضه الضرر بمثله.

ومن ذلك يظهر أنَّ ما ذكره المصنِّف وجهاً ثانياً ـ من أصالة جواز الرد ـ لا يتم إلا مع عدم شمول المرسلة؛ إذ معه لا وجه للرجوع إلى الأصل، وعلى هذا فالفرق بين الوجهين بعد توقف الثاني أيضاً على عدم الشمول كون المرجع على الأول عموم ما دلَّ على جواز الرد، وعلى الثاني الأصل العملي.

❑ الخامس: ثبوت احد مانعي الرد

١٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(أمَّا المانع الأول ... الخ)**[٢].

أقول: فبناءً على كون التصرف مسقطاً تعبدياً الحق عدم السقوط لاستلزامه الضرر بعد عدم امكان أخذ الأرش من أجل الربا بناءً على تسليمه، وإلا فقد عرفت أنَّه لا مانع من أخذه لعدم كونه جزءً من أحد العوضين.

وأما بناءً على كونه مسقطاً من باب القاعدة فالحق السقوط، لا لما ذكره المصنِّف من كون اقدامه على المعاملة الربوية إقداماً على عدم الأرش، وإقدامًا على الضرر؛ لمنع ذلك كما هو واضح؛ إذ لا يعدُّ الاقدام على البيع الكذائي اقداماً على ذلك عرفاً، بل لأنَّ نفس التصرف بقصد انشاء الاسقاط اقدام عليه.

ومن ذلك ظهر أنَّ اطلاق المصنِّف ﷺ في كونه مسقطاً، وعدم فرقه بين الوجهين كما بيّنا ليس في محله، هذا مع أنَّه ﷺ ناقش في مسقطية التصرف فيما تقدّم من المعيب الذي لم ينقص قيمته، ومقتضاه جريانها في المقام أيضاً؛ إذ لا

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٩.

فرق بين كون عدم الأرش من جهة الربا أو من جهة عدم نقص القيمة، فالبيان السابق الذي ذكره في قوله (إلا أنْ يقال إنَّ المقدار الثابت ...إلى آخره) جارٍ في المقام، كما أنَّ الوجه الذي يتمسك به في المقام من أنَّ اقدامه على المعاملة الربوية اقدام على عدم مطالبة مال زائد وإنْ كان المبيع معيباً جارٍ في ذلك المقام أيضاً، فانَّه يمكن أنْ يقال إنَّ اقدامه على شراء العبد اقدام على عدم أخذ مال آخر على فرض كونه خصياً، فتدبّر.

والتحقيق بناءً على عدم جواز أخذ الأرش ما عرفت من التفصيل وعدم تمامية الوجه المذكور في المقام.

١٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد عرفت النظر فيه** ...الخ)[1].

أقول: فالحق عدم سقوط الرد، بل الحكم هنا أولى من السابق؛ لامكان منع كون الصبر على المعيب الذي لا ينقص قيمته ضرراً بخلاف المقام فانَّ كونه ضرراً معلوم، هذا ولكن التحقيق سقوطه لمنع عدم جواز أخذ الأرش، لعدم لزوم الربا كما عرفت سابقاً.

١٩٢ ـ **قوله**ﷺ: **(والظاهر إنَّ مراده** ...الخ)[2].

أقول: محصله أنَّ وصف الصحة في الربويات غير مقابل بجزء من العوض كما عرفت سابقاً من أنَّ المدار على المماثلة في المقدار، وأنَّ الأوصاف ملغاة سواء في ذلك وصف الصحة وسائر أوصاف الكمال، بخلاف غير الربويات فانَّ وصف الصحة فيها مقابل بالعوض، وحينئذٍ فاذا ردَّ الأرش فاما أنْ يكون ذلك باعتبار مقابلة وصف الصحة في أصل المعاملة بالعوض، وإما باعتبار مقابلته به في الفسخ، فعلى الأول يلزم زيادة المثمن على الثمن في أصل المعاملة من حيث المقدار؛ لأنَّ بعضاً من الثمن في مقابل وصف الصحة، وعلى الثاني يلزم زيادته في الفسخ؛ لأنَّ المفروض أنَّه ضمَّ إلى المثمن المردود شيء آخر، وهو الأرش، فمقتضى أخذ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢٩.

الأرش إما لزوم الربا في أصل المعاملة أو في الفسخ، هذا.

ولكن الانصاف أنّ كلام العلامة صريح في لزوم الربا في الفسخ من غير حاجة إلى هذا التطويل الذي لا طائل تحته، وغير صحيح في نفسه أيضاً كما سيظهر، فانّه إذا ردّ المثمن مع الأرش يلزم زيادته على المثمن المردود، وإنّما قلنا إنّ كلامه صريح في ذلك لقوله (لأنّ المردود حينئذٍ يزيد على وزن عوضه)[1].

وكيف كان فيرد عليه أولاً: أنّ الفسخ ليس معاوضة، بل حقيقته حل المعاوضة وإنْ استلزم ذلك تعاوضاً قهرياً؛ حيث إنّ الحل لا يتحقق إلا برجوع كل منهما إلى الآخر، والربا إنّما يجري في المعاوضات، لا في مطلق التعاوض، وإنْ لم يكن بعنوان المعاوضة.

وثانياً: على فرض جريانه في الفسخ إنّما يجري في مثل الاقالة؛ حيث إنّها من الطرفين، لا في مثل الفسخ في المقام؛ حيث إنّه من طرف واحد.

وثالثاً: أنّ الأرش ليس جزءً من المردود، بل هو غرامة للوصف الفائت، نظير سائر الغرامات، بل مثل المقبوض بالسوم إذا حدث فيه عيب.

وما يذكره المصنف من الفرق فيه أنّ وصف الصحة في المقام وإنْ كان تلف في ملك المشتري، إلا أنّ مقتضى فسخ المعاوضة لما كان عود المبيع إلى البائع على ما هو عليه من الأوصاف؛ فلا بدّ من ضمانه لما تلف منها كما يضمن نفس العين لو تلف في يده، مع أنّها تلفت في ملكه، فحكم الضمان فيما نحن فيه حكم ضمان اليد بعد فرض عود العين إلى مالكها كما كانت، وأما نسيان الكتابة فمقتضى القاعدة أيضاً ضمانه كما سيأتي إن شاء الله في أواخر الكتاب.

والحاصل: أنّ ضمان وصف الصحة في غير الربويات ليس ضماناً معاوضياً، ومن جهة أنّها كانت مقابلة بجزء من العوض، كيف؟ وقد مرّ سابقاً أنّ الأوصاف لا تقابل بالأعواض مطلقاً حتى وصف الصحة، بل هو نظير ضمان اليد حسبما عرفت، هذا.

---

(١) التذكرة ١١: ١٣١.

وأما ما ذكره المصنِّف من لزوم الربا في أصل المعاملة ففيه:

أولاً: أنّه لا فرق في كيفية المعاملة في الربويات وغيرها، فلا يمكن أنْ يقال إنَّ وصف الصحة مقابل بالعوض في الثانية دون الأولى.

وثانياً: لا يعقل أنْ يتفاوت الحال في المقابلة وعدمها من جهة أخذ الأرش وعدمه بأنْ يكون أخذ الأرش بعد ذلك مؤثراً في كون الوصف مقابلاً بالعوض؛ إذ حين المعاملة إما أنْ يكون مقابلاً به ولازمه البطلان من الأول، وإما أنْ لا يكون فلا يلزم بطلانها بأخذ الأرش بعد ذلك، وهذا واضح جداً.

ومن الغريب حمله‌ﷺ كلام العلامة الصريح في إرادة لزوم الربا في الفسخ على هذا الوجه البعيد الذي كما ترىٰ؛ حيث قال (والأول أولى).

١٩٣ ـ قوله‌ﷺ: (لم يكن ذلك إلا باعتبار ...الخ)[1].

أقول: يعني يكون ذلك العيب مضموناً عليه بجزء من الثمن، إما في الفسخ، أو في أصل المعاملة، وإنْ كان ظاهر العبارة إرادة خصوص الثاني، لكن المراد ما ذكرنا، وإلا فلا يصح ما فرّعه عليه بقوله‌ﷺ (فمراد العلامة بلزوم الربا ...الخ) فانَّ مقتضاه أنَّ هذا البيان قابل للانطباق على كل من الوجهين، فلا بدَّ من إرادة المضمونية بجزء من الثمن في الجملة من غير نظر إلى كونه في خصوص المعاملة أو في الفسخ، إذ يكفيه أحد الاعتبارين.

١٩٤ ـ قوله‌ﷺ: (لا يتصور ضمان المشتري ...الخ)[2].

أقول: قد عرفت أنّه يكفيه تقدير رجوع العين على ما هي عليه من الأوصاف، فالوصف وإنْ كان تالفاً في ملك المشتري إلا أنّه بالفسخ يصير مضموناً عليه كنفس العين إذا تلفت، ولا يلزم مقابلة الوصف بالعوض في كونه مضموناً، فتدبّر.

١٩٥ ـ قوله‌ﷺ: (قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه ...الخ)[3].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٢.

أقول: فعلى هذا يتعيّن عليه ﷺ أنْ يختار الوجه الثاني، وهو فسخ البيع والزام المشتري ببدله معيباً بالقديم، سليماً عن الجديد، وتقدير الموجود معدوماً وإنْ كان خلاف الأصل، إلا أنّه لا مفر منه في المقام على هذا الوجه جمعاً بين القواعد، هذا.

ولكن التحقيق: جواز أخذ الأرش من جهة العيب القديم؛ لعدم كونه رباً كما عرفت، فيكون العيب الحادث مانعاً عن الرد ومعيناً للأرش، وعلى فرض عدم جواز أخذ الأرش فالحق جواز الرد مع أرش العيب الجديد؛ لعدم لزوم الربا لا في الفسخ ـ كما ذكره العلامة ـ ولا في أصل المعاملة ـ كما ذكره المصنّف ﷺ كما عرفت ـ.

نعم، لو قلنا بعدم جواز الأرش لأحد الوجهين يتعين ما ذكر من الفسخ ورد البدل معيباً بالقديم سليماً عن الجديد؛ إذ الأمر دائر بينه وبين الرد بلا أرش، وبين لزوم المعاملة بلا أرش للعيب القديم، والثالث ضرر على المشتري، والثاني على البائع، فيتعين الأول.

❑ السادس: تأخير الاخذ بمقتضى الخيار

١٩٦ ـ **قوله ﷺ: (ومنها: تأخير الأخذ ...الخ)**[1].

أقول: التحقيق عدم السقوط لمنع كون ترك المبادرة دليلاً على الرضا، ومنع كون الخيار على الفور؛ لأنّ مقتضى اطلاق الأخبار خصوصاً قوله ﷺ (إنْ كان قائماً بعينه رده ...الخ)[2] تراخيه، وإنْ أغمضنا عن ذلك نرجع إلى استصحاب بقائها، ولا يضره كون المورد من الشك في المقتضي؛ لما تحقق في محله من عموم حجيته.

نعم، يشكل عليه بما ذكرنا في خيار الغبن ـ وفاقاً للمحقق الثاني ـ من أنّ مقتضى القاعدة في مثل المقام التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ دون الاستصحاب، فالتحقيق مع الاغماض عن الاطلاق الحكم بالفورية.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٣.

١٩٧ ـ **قوله**ﰠ: **(ولعله لأنّ التأخير** ...الخ)(١).

أقول: لا وجه لهذا التوجيه العليل لمرامه، مع وجود ما هو مصرّح به في كلامه، من أنّه على الفور بلا خلاف، فانّ الظاهر أنّ دعواه الفورية إنّما هي من جهة ما ذكره المصنّف من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقن.

١٩٨ ـ **قوله**ﰠ: **(كما هو صريح المبسوط** ...الخ)(٢).

أقول: حيث قال الأول (والرد لا يسقط الرد بالرضا بالمعيب، أو بترك الرد بعد العلم به، أو بأنْ يحدث فيه عيب عنده)(٣).

وقال الثاني (ويسقط الرد بأحد ثلاثة أشياء، بالرضا، وبترك الرد بعد العلم به والمعرفة، إذا عرف أنّ له الخيار، وبحدوث عيب آخر عنده)(٤).

١٩٩ ـ **قوله**ﰠ: **(ويحتمل أيضاً عبارة الغنية المتقدمة** ...الخ)(٥).

أقول: يمكن أنْ يكون إشارة إلى العبارة المتقدمة في مسقطية التصرف، وهي قوله (ولا يسقط ـ بالتصرف بعد العلم بالعيب ـ حق المطالبة بالارش؛ لأنّ التصرف دلالة الرضا بالبيع، لا بالعيب، فانّ مقتضى تعليله أنّ كل ما هو دال على الرضا بالبيع يسقط الرد فقط)(٦).

ويمكن أنْ يكون إشارة إلى العبارة المنقولة هاهنا؛ حيث إنّها وإنْ كانت ظاهرة في سقوط الأرش أيضاً إلا أنّها محتملة للحمل على خصوص الرد فقط، والانصاف بُعْدُ كليهما، فتدبّر.

٢٠٠ ـ **قوله**ﰠ: **(بناء على ما تقدم في سائر** ...الخ)(٧).

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٣.
(٣) المبسوط ٢: ١٣٩، نقل لها بتصرف.
(٤) الوسيلة ٢٥٦.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٣.
(٦) غنية النزوع ٢٢٢.
(٧) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٣.

أقول: الظاهر أنّ في العبارة سقطاً، وهو مثل قوله (وكيف كان فالحق سقوطهما معاً بناءً ...الخ) وذلك لأنّ ظاهر العبارة كون قوله «بناءً» علة لقوله «نعم سقوط الرد وحده له وجه»، وهذا غير صحيح:

أولاً: لأنّ ظاهر قوله «نعم» كون السقوط من باب الدلالة على الرضا، لا من باب أنّ القدر المتيقن من الخيار هو الزمان الأول.

وثانياً: لأنّ مقتضى هذا البناء سقوط الأرش أيضاً لا خصوص الرد.

٢٠١ ـ **قوله ﴿ره﴾: (وفيه: أنّ الاطلاق في المقام ...الخ)**[١].

أقول: فيه منع واضح كما لا يخفىٰ على من راجع الأخبار.

٢٠٢ ـ **قوله ﴿ره﴾: (لأنّا عرفناه ...الخ)**[٢].

أقول: يعني من صاحب الغنية، وإلا فلم ينقل ذلك من غيره، نعم ظاهر المبسوط[٣] والوسيلة[٤] أيضاً ذلك، لكن بالنسبة إلى الرد فقط، لا مطلقاً.

٢٠٣ ـ **قوله ﴿ره﴾: (بل نفى الخلاف ...الخ)**[٥].

أقول: حيث ادعى صاحب الغنية[٦] عدم الخلاف في الفورية.

٢٠٤ ـ **قوله ﴿ره﴾: (أنّه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة ...الخ)**[٧].

أقول: يعني عدم الفورية، قلت وفي الجواهر أسند التراخي إلى المشهور، قال (بل ربما يظهر من بعضهم الاتفاق عليه، فضلاً عن عدم الخلاف فيه)[٨]، وفي المسالك (أنّه المعروف في المذهب، ولا نعلم فيه خلافاً)[٩].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٤.
(٣) المبسوط ٢: ١٣٩.
(٤) الوسيلة ٢٥٦.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٤.
(٦) غنية النزوع ٢٢٢.
(٧) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٤.
(٨) جواهر الكلام ٢٣: ٢٩٥.
(٩) مسالك الافهام ٣: ٣٠٢.

○ مسألة: هل يجب الاعلام بالعيب

٢٠٥ ـ قوله ﷺ: (فالمحصل من ظاهر كلماتهم ...الخ)[١].

أقول: وليعلم أولاً أنَّ منهم من عبّر بوجوب الاعلام، ومنهم من عبّر بحرمة ترك الاظهار، والظاهر رجوعهما إلى واحد، وأنَّ المراد من وجوب الاعلام الوجوب التبعي، من جهة حرمة ترك الاظهار، لا الوجوب الأصلي؛ لأنَّ الظاهر كما اعترف به المصنِّف ﷺ، ويظهر من استدلالاتهم أنَّ المدرك منحصر في صدق الغش، وحينئذٍ فلا يكون وجوب الاعلام إلا من باب كون تركه غشاً حراماً.

ثم إنَّ التحقيق عدم حرمة ترك الاظهار بما هو ترك، من غير فرق بين العيب الجلي والخفي، بل الأمر في الأول ظاهر جلي، بل يمكن أنْ لا يكون محلاً للخلاف أصلاً، خصوصاً بملاحظة ما يظهر من بعض الأخبار والعلماء في باب الغش، أنَّ المحرم منه ما يخفىٰ، وأنَّ الغش بما لا يخفىٰ غير حرام، ففي المقام بالأولى، ففي صحيحة ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (أنَّه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، وبعضه أجود من بعض؟ قال: إذا رؤيا جميعاً فلا بأس ما لم يغطِ الجيد الرديء)[٢].

وبالجملة: لا ينبغي الاشكال في عدم وجوب الاعلام في العيب الجلي، وأما الخفي فالحق أنَّه كذلك؛ لمنع صدق الغش على مجرد الترك؛ لأنَّ الظاهر المتبادر منه غير ذلك، وإنْ كان الظاهر من القاموس أنَّه ترك لمحض النصح؛ حيث قال (غشه لم يمحضه النصح، أو اظهر له خلاف ما أضمر)[٣]؛ لأنَّ المراد منه الترك عند السؤال، أو هو من باب بيان مقولة المعنى، وفي مقام الاجمال، وعلى فرض كونه مخالفاً فلا ريب أنَّ العرف مقدم، ومن المعلوم أنَّه فيه أخص من ذلك، بل هو أمر

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٦.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب احكام العيوب، ح ١.
(٣) قاموس المحيط، باب الشين، فصل الغين، ٢: ٢٩٢.

وجودي كتلبيس الأمر على الغير ونحوه.

فما ذكره المصنف‌ؒ من أنّ كتمان العيب الخفي غش، إنْ أراد من الكتمان مجرد عدم الاظهار ـ كما هو الظاهر منه؛ حيث تمسك بقول أهل اللغة أنّه خلاف النصح ـ كما ترىٰ.

ودعوى: أنّ التزام البائع بسلامة المبيع المستفاد من اطلاق العقد موجب للصدق، فهو كما لو صرّح باشتراطها كما يظهر من المصنف في أوائل الكتاب[1]، بل لم يفرّق هناك بين العيب الخفي والجلي.

مدفوعة: بأنّ الاعتماد على أصالة السلامة إنّما هو من جانب المشتري، ونمنع كونه بمنزلة تصريح البائع، ففي الحقيقية التقصير إنّما هو من جانب المشتري؛ حيث لم يختبر ولم يسأل عن البائع.

وبالجملة: الانصاف عدم صدق الغش عرفاً على مجرد ذلك، ولا أقل من الشك، والأصل البراءة، نعم لو انضم إلى ترك الاظهار ما يوجب الصدق يكون حراماً، كما لو ترك الاظهار مع سؤال المشتري، وكذا لو أخبر بخلاف الواقع، أو فعل ما يكون دالاً على الصحة، أو كان التعيب بفعله بقصد التلبيس، كما لو مزج اللبن بالماء، أو خلط الجيد بالرديء أو نحو ذلك.

لكن المسلّم من هذا أيضاً إنّما هو في العيب الخفي، وأما في الجلي فيمكن منع الحرمة وإنْ صدق عليه الغش؛ للصحيحة المتقدمة وغيرها.

ثم إنّ في مورد صدق الغش والحكم بالحرمة لا ينبغي التأمل في عدم فساد المعاملة؛ لأنّ الحرمة شرعية نفسية لا إرشادية غيرية، وعن الاردبيلي‌ؒ الحكم بفسادها، قال (لورود النهي عن هذا البيع فيكون المغشوش منهياً عن بيعه، كما أشير إليه في رواية[2] قطع الدينار وإلقائة في البالوعة؛ معللاً بقوله‌ؑ «حتى لا يباع بشيئ فيه غش»؛ ولأنّ نفس البيع غش منهي عنه)[3].

---

(١) كتاب المكاسب ٤: ٢٩٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٨٦ من ابواب ما يكتسب به، ح ٥.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٨٣ ليس هذا نص عبارته.

وفيه: أنَّ النهي متعلق بأمر خارج، لا بالمعاملة بما هي، مع أنَّ ذلك الخارج غير متحد معها أيضاً؛ إذ ترك الاظهار أو اظهار الخلاف أمر مقارن للبيع، لا متحد معه، نعم لو استفيد من الرواية المذكورة تعلّق النهي ببيع المغشوش من حيث إنّه بيع تمَّ ما ذكره، لكن الظاهر عدمه كما لا يخفىٰ على من تأمل.

٢٠٦ ـ **قوله**ﷺ: **(أو من جهة ادخال ...الخ)**[1].

أقول: هذا على فرض تماميته يكون وجهاً لعدم سقوط الوجوب، فلا يناسب عطفه على ما يكون وجهاً للسقوط، وهو قوله (من جهة ظهور) كما هو واضح، ولعل النسخة مغلوطة فلا تغفل، ثم إنَّ الحق هو الوجه الأول، وهو السقوط بالتبرّي؛ لمنع الصدق معه إنْ سلمناه مع عدمه.

٢٠٧ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنَّ المذكور في جامع المقاصد ...الخ)**[2].

أقول: ويظهر من الأول في باب حرمة الغش ابتناء المسألة على مسألة تقديم الاسم أو الاشارة؛ حيث إنّه بعد ذكر الوجهين قال (وفي الذكرى[3] في باب الجماعة ما حاصله، لو نوى الاقتداء بامام معين على أنّه زيد فظهر عمرو أنَّ في الحكم نظر، قال ومثله ما لو قال «بعتك هذا الفرس» فاذا هو حمار، وجعل منشأ التردد تغليب الاشارة أو الوصف)[4] انتهىٰ.

فانَّ مقتضى نقل هذا الكلام عن الشهيد إرادة اجرائه في المقام أيضاً، هذا.

ولتحقيق الحال في مسألة التعيب بالمزج أنْ يقال: إمّا أنْ يكون الخليط مستهلكاً في الشيء على وجه لا يخرج ذلك الشيء عن صدق اسمه، وإمّا أنْ يكون لا على هذا الوجه، وعلى الثاني إمّا أنْ يكون المزج موجباً لصدق عنوان ثالث، وإمّا أنْ يصدق عليه كلا العنوانين.

ثم إمّا أنْ يكون الخليط مما له قيمة كما في خلط الدهن بالدبس، وإمّا أنْ لا

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٧.
(٣) الذكرى ٢٧١.
(٤) جامع المقاصد ٤: ٢٥.

يكون كذلك، كخلط الحنطة والدقيق بالتراب.

أمّا في صورة الاستهلاك فلا ينبغي الاشكال في صحة البيع، غاية الأمر أنّ للمشتري الخيار من جهة كون البيع معيباً بسبب الخلط، سواء كان الخليط مما له قيمة أو لا، ولا موقع لجريان حكم تعارض الاشارة والوصف؛ إذ المفروض أنّ البيع وارد على هذا الشيء الشخصي، لا على عنوان الصحيح، كيف؟ وإلا لزم جريان هذه المعارضة في جميع المعيبات، ولم يقل أحد ببطلان البيع فيها، والسر فيه ما ذكرنا من أنّ المبيع هذا الشخص الموجود غاية الأمر أنّ وصف الصحة شرط ضمني فيه.

ودعوى: أنّ المبيع وإنْ لم يكن عنوان الصحيح إلا أنّه عنوان الدهن أو اللبن مثلاً، والمفروض أنّ بعضه دبس أو ماء، فهذا الشخص مبيع بهذا العنوان، فهو كما لو باع شخصا خاصاً بعنوان أنّه شاة فبان أنّه حمار، أو بعنوان أنّه حنطة فبان شعير.

مدفوعة: بأنّ المفروض استهلاك الخليط، فالمجموع دهن أو لبن، والقدر الموجود فيهما من الدبس أو الماء خرج عن صدق اسمه ولحقه اسم ذلك العنوان، فالفرق بينّ بين المقام وبين المقيس عليه.

وأمّا في صورة الدخول تحت عنوان ثالث، أو الخروج عن تحت ذلك الشيء المخلوط فيه فمقتضى القاعدة البطلان رأساً؛ لأنّ المقصود عنوان اللبن، والمفروض عدم صدقه، وإنْ كان المبيع هذا الشخص الموجود، ففي هذه الصورة يتعين تقديم جانب العنوان، كما في كل مورد يكون المبيع من غير جنس العنوان المقصود بيعه، ولا وجه لاحتمال الصحة حينئذٍ، إلا إذا كان الخليط من الجنس، ومعه يلحقه حكم الصورة السابقة؛ لأنّه على هذا التقدير يكون من باب العيب في الجنس.

وأمّا في صورة صدق كلا العنوانين فالحق جريان حكم تبعّض الصفقة، سواء كان الخليط مما له قيمة أو لا، ويحتمل البطلان لما ذكره المحقق والشهيد الثانيان من جهة جهالة مقدار المبيع؛ إذ الخليط ليس مقصوداً بالبيع حتى يصح في

المجموع، ولا موقع لاجراء قاعدة التعارض أيضاً، لأنّ المفروض أنّ المبيع عنوان اللبن مثلاً، لا بمعنى كونه اللبن الكلي، بل هذا الشخص بعنوان أنّه لبن، وهذا هو المورد الذي ذكره المصنِّف من توجه كلامهما فيه، وغرضه أنّه يجري الاشكال والجواب، لا خصوص الاشكال؛ إذ الظاهر صحة ما أجابا به من كفاية العلم بمقدار الجملة وقت العقد كما في سائر موارد تبعّض الصفقة، فانّ الثمن المقابل للخل أو الشاة مجهول فيما لو باع خمراً وخلاً أو شاةً وخنزيراً، ومع ذلك حكموا بالصحة من جهة العلم بما وقع عليه العقد.

ومما ذكرنا تبين أنّه لا يجري قاعدة تعارض الاسم والوصف في شيء من صور المقام؛ إذ في بعضها يتعين تقديم جانب العنوان، وفي بعضها تقديم جانب الوصف.

❁ ❁ ❁

○ اختلاف المتبايعين

❑ الاول: الاختلاف الموجب للخيار

٢٠٨ ـ **قوله ﷺ: (فالقول قول المنكر بيمينه ...الخ)**[١].

أقول: وهو البائع غالباً؛ إذ في الغالب يكون المشتري مدعياً للعيب، لكن قد يكون البائع مدعياً له لغرض، كما إذا كان المشتري قد فسخ، فيدعي البائع أنَّه كان له خيار العيب، فيكون البيع منفسخاً، ويدعي المشتري كون الفسخ في غير محله لعدم الخيار أو لغير ذلك من الأغراض.

ثم إمَّا أنْ تكون الحالة السابقة هي الصحة، وحينئذٍ فلا اشكال في جريان أصالة عدم العيب الموجب للخيار، وقد تكون هي العيب، ويدعي أحدهما زواله حين البيع، والآخر ينكر ذلك، وحينئذٍ فالأصل بقاؤه إلى حين البيع، وقد تكون مجهولة، وحينئذٍ فانْ قلنا بجريان أصل السلامة لبناء العقلاء فهو، وإلا فلا بدَّ من الرجوع إلى الأصل الحكمي، وهو أصالة عدم الخيار، وعدم شغل الذمة بالأرش، أو البراءة منه.

فتبيّن أنَّه لو كان المدعي للعيب هو المشتري فالقول قول البائع في الصورة الأولى والثالثة، وقول المشتري في الثانية، ولو كان هو البائع فالأمر بالعكس.

٢٠٩ ـ **قوله ﷺ: (كان للمشتري الخيار في الرد ...الخ)**[٢].

أقول: يشكل ذلك بأنَّ النقص المعلوم إنْ كان موجباً للنقص في القيمة فهو عيب، وفيه الرد والأرش، وإلا فلا دليل على جواز الرد أيضاً.

ودعوى جريان قاعدة الضرر كما ترىٰ؛ إذ لا نسلّم جريانها مع عدم النقص في القيمة، مع أنَّه لا يعقل النقص من دون تفاوت القيمة.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٣٩.

فان قلت: سلّمنا ذلك، لكن ليس كل نقص عيباً، وإنْ كان موجباً لتفاوت القيمة.

قلت: المعيار هو العرف، وهو حاكم بكونه عيباً فتأمل فانّه سيأتي[1] أنّ العيب أخص من النقص.

٢١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ولعله لأصالة عدم تسليم ...الخ)**[2].

أقول: قد عرفت سابقاً ما فيه، مع أنّه على فرض تماميته يجري في المسألة الأولى والثانية أيضاً كما لا يخفى.

٢١١ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنّه منكر ...الخ)**[3].

أقول: هذا مبني على تقديم بينة الخارج كما هو المشهور، وفيه أقوال معروفة، لكن لا يخفى أنّ العمدة في دليل تقديمها كون البينة وظيفة للمدعي دون المنكر، فانّ وظيفته اليمين كما هو المستفاد من قوله عليه السلام (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)[4]، والتفصيل قاطع للشركة، ومع هذا الوجه يشكل ما ذكره من أنّه لو أقام أحدهما بينة عمل بها، فانّ لازم ذلك عدم سماع بينة البائع؛ حيث إنّ وظيفته اليمين.

٢١٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وهذا منه مبني ...الخ)**[5].

أقول: يعني به ما ذكره أولاً من قوله (ولو أقام أحدهما ...الخ).

٢١٣ ـ **قوله**ﷺ: **(وفيه كلام في محله ...الخ)**[6].

أقول: هو ما أشار إليه من أنّ وظيفة المنكر ليس إلا اليمين بمقتضى التفصيل المذكور في الخبر، مضافاً إلى بعض أخبار أُخر يدل على ذلك بالصراحة، كخبر

---

(١) تعليقة ٢٤٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٠، في نسخة اشار إليها في الحاشية.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٠.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ٣.

(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٠.

(٦) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٠.

منصور عن الصادق عليه السلام ـ الذي ضعفه بالشهرة مجبور كما في المستند[1] ـ (قلت له رجل في يده شاة فجاء رجل وادعاها وأقام البنية العدول أنّها ولدت عنده لم يبع ولم يهب وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبع ولم يهب. قال أبو عبدالله عليه السلام: حقها للمدعي، ولا أقبل من الذي هي في يده بينة؛ لأنّ الله عزّ وجلّ أمر أنْ تطلب البينة من المدعي، فانْ كانت له بينة وإلا فيمين الذي هو في يده، هكذا أمر الله عزّ وجلّ)[2].

ويؤيده الرضوي عليه السلام قال عليه السلام: (فاذا ادعى رجل على رجل عقاراً أو حيواناً أو غيره وأقام بذلك بينة وأقام الذي في يده شاهدين فانّ الحكم فيه أنْ يخرج الشيء من يد مالكه إلى المدعي؛ لأنّ البينة عليه)[3].

وربما ادعى بعضهم الاجماع على ذلك، ففي المستند نقل بعض معاصريه أنّه قال (إنّ وظيفة ذي اليد اليمين دون البينة، فوجودها في حقه كعدمه بلا شبهة؛ ولذا لو أقامها بدلاً عن يمينه لم يقبل منه اجماعاً إنْ لم يقمها المدعي)[4] انتهى.

هذا، ولكن ذهب جماعة منهم العلامة والشهيد إلى سماعها وعدم الحاجة معها إلى اليمين ولو في غير صورة تعارض البينتين، ويمكن أنْ يستدل لهم بعموم ما دلّ على حجية البينة، وبعموم مثل قوله عليه السلام (أحكام المسلمين على ثلاثة، شهادة عادلة، ويمين قاطعة، وسنة ماضية)[5].

وقوله سبحانه لنبي من الانبياء (اقضِ بينهم بالبينات، وأضفهم إلى اسمي)[6].

وبرواية حفص بن غياث؛ حيث قال: (يجوز لي أنْ أشهد له ـ يعني لذي اليد ـ؟ فاجاب عليه السلام: بما حاصله جواز ذلك)[7].

---

(١) مستند الشيعة ١٢: ٢٣٤.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ١٤.
(٣) فقه الرضا ٢٦٠.
(٤) مستند الشيعة ١٧: ٣٨٨.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١ كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ١.
(٦) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ٢.
(٧) وسائل الشيعة، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ٢.

وبرواية فدك، حيث إنّه لو كان إقامة البينة للمنكر بلا فائدة لكان أولى بالمجادلة مع أبي بكر حين طلب البينة.

وبجملة من الأخبار الدالة على تقديم ذي اليد فيما لو أقاما بينة وكان المدعى به في يد أحدهما:

منها: رواية اسحاق بن عمار، وفيها قيل: (فانْ كانت في يد أحدهما وأقاما جميعاً البينة؟ قال عليه السلام: أقضي بها للحالف الذي في يده)[1]، وقريب منها موثقة غياث بن ابراهيم[2]، فلو كانت بينة المنكر لغواً وجب تقديم بينة الخارج، إلى غير ذلك، وتمام الكلام والنقض والابرام موكول إلى محله.

٢١٤ ـ **قوله رحمه الله: (أو نفي استحقاق الرد أو الأرش ...الخ)**[3].

أقول: ولا يضر كون مصب الدعوى التقدّم وعدمه؛ لعدم وجوب كون جواب المدعى عليه وحلفه على نفس مصب الدعوى، بل يكفيه الجواب بما لازمه انكار المدعى به والحلف عليه على ما صرحوا به، فلو ادعى عليه اتلاف ماله له أنْ يقول لست بمشغول الذمة لك، وكذا لو قال «اقرضتك كذا» له أنْ يقول لا تستحق عندي شيئاً، قال في التحرير (لو ادعى أنّك مزقت ثوبي فلي عليك الأرش، كفاه أنْ يقول لا يلزمني الأرش؛ لجواز التمزيق وعدم تعلق الأرش، فلو أقرّ طولب بالبينة، ويتعذّر عليه. قال وكذا لو ادعى عليه ديناً فقال: لا تستحق عندي شيئاً لم يكلف الحلف على عدم الاقراض؛ لجواز الاستيفاء أو الابراء، ولو ادعى عيناً فقال ليس عندي ما يلزمني التسليم كفى في الجواب؛ لجواز أنْ يكون رهناً أو مستاجرة، فلو أقام المالك البينة بالملك وجب التسليم)[4] انتهى.

ولعل السر أنّ مجرد دعوى التمزيق ونحوه لا يوجب جواباً، بل الموجب هو المجموع المركب منه ومن استحقاق الأرش مثلاً، فبالجواب عنه يحصل الجواب

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ٣.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٤١.
(٤) التحرير ٢: ١٨٩.

عن الدعوى المركبة، ولا دليل على وجوب الجواب بالجزء الآخر، فتدبّر.

٢١٥ ـ **قوله ﷺ: (ولو لم يختبر ففي جواز ...الخ)**[1].

أقول: محصله أنّ في صورة عدم العلم بالحال وجوهاً:

أحدها: الحلف على الواقع على البت؛ استناداً إلى الأصل.

الثاني: الحلف على نفي العلم، وإنْ لم يدعِ المدعى عليه العلم.

الثالث: رد اليمين على المدعي، كما في صورة النكول، وبعبارة أخرى جريان حكم النكول عليه، ويلزمه ثبوت الحق بدون الرد على القول بالقضاء بالنكول.

الرابع: رده عليه في هذا المقام ولو قلنا بثبوت الحق بمجرد النكول في مورده.

الخامس: ايقاف الدعوى، إلا إذا ادعى عليه العلم فله احلافه على عدمه.

وليعلم أنّ هذه المسألة من جزئيات مسألة تعرّض لها المتأخرون، وهي ما لو أجاب المدعى عليه بلا أدري، فقد ذكروا فيها هذه الوجوه، وذهب إلى كل بعض.

وليعلم أيضاً أنّ مراد من قال بالاكتفاء بالحلف على نفي العلم حلفه عليه ولو لم يدعِ عليه العلم كما أشرنا إليه، وإلا فلو ادعى عليه ذلك لا اشكال في أنّ وظيفته اليمين عليه، فغرضه أنّ مع عدم العلم بالواقع وظيفته الحلف على نفي العلم في قطع الدعوى، كما في الدعوى على الميت فانّ قطعها إنّما هو بيمين الوارث على نفي العلم، سواء ادعى عليه العلم أو لا، وكذا كل مورد يكون المدعى به فعل يتعلق بالغير، فغرض القائل أنّ المدار على عدم العلم بالواقع، وليس لفعل الغير خصوصية في ذلك، فلو كان عالماً بالواقع فيما تعلق بفعل الغير يحلف على البت، كما أنّه لو كان متعلقاً بفعل نفسه ولم يكن عالماً يحلف على نفي العلم.

وليعلم أيضاً أنّه لا اشكال في أنّ المدعى عليه يعمل بالأصل فيما بينه وبين الله بالنسبة إلى غير الحلف من ترتيب سائر الآثار، فلا يشتغل ذمته بشيء، ولا يكون البيع بالنسبة إليه خيارياً، وكذا غيره، وإنّما الكلام في قطع الدعوى، وأنّه هل يجوز فيه الاعتماد على الأصل والحلف على البت أو لا.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٤١.

والتحقيق: عدم جوازه؛ لأنّ الحالف لا بدّ وأنْ يكون قاطعاً فيما يحلف عليه، وظاهر الأدلة أيضاً ذلك، لا أقل من الشك، والأصل عدم سقوط الدعوى بمثل هذا اليمين، فلا يجوز للمدعى عليه الانكار بصورة البت والحلف عليه اعتماداً على الأصل، وكذا لا يجوز للحاكم الاكتفاء به إذا علم بالحال، أو كان جواب المدعى عليه لا أدري، نعم الظاهر عدم الاشكال في جواز الاعتماد على الامارات الاجتهادية كاليد ونحوه.

ومن ذلك يظهر ما في كلام المصنّف‌ﷺ من الاستدلال برواية حفص، فانّها خارجة عن المقام، فانّ محل الاشكال الاعتماد على الأصل العملي، ومورد الرواية صورة وجود اليد.

ثم بعد عدم جواز الاعتماد على الأصل، إنْ ادعى المدعى عليه العلم لا اشكال في أنّه يحلف على نفيه، وإلا فهل الحكم رد اليمين أو الحلف على نفي العلم كما في الوارث، أو ايقاف الدعوى إلى أنْ توجد البينة، أو يحصل العلم وجوه، أقربها ما جعله المصنّف أوفق بالقواعد من رد اليمين، وإنْ قلنا بالحكم بالنكول في صورة النكول؛ لعدم الدليل عليه في المقام، وأدلة رد اليمين أيضاً وإنْ كانت واردة في غير المقام إلا أنّه يمكن استفادة حكمه منها أيضاً، مضافاً إلى عموم قوله‌ﷺ (إنّما أقضي بينكم بالبينات والايمان)[1]، وأنّ ايقاف الدعوى ضرر، والحلف على نفي العلم مع عدم ادعائه عليه، ولا دليل عليه بعد كونه غير المدعى به، وتمام الكلام في محله.

٢١٦ ـ قوله‌ﷺ: (ففيه اشكال ...الخ)[2].

أقول: بل الحق عدم اسقاط الحلف على نفي العلم لأصل الدعوى في شيء من المقامات، حتى في مسألة الدعوى على الميت ونحوها، سواءً كان الحلف مع ادعاء العلم عليه أو لا.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٢.

أمّا مع الأول فواضح؛ حيث إنّ هذا النزاع غير النزاع في ثبوت الحق وعدمه، والحلف على النزاع الأول إنّما يثمر في قطعه وعدم سماع الدعوى بعده، وأمّا النزاع الثاني فيبقى بحاله.

وأمّا الثاني فلأنّ النزاع وإنْ كان واحداً إلا أن سقوط الدعوى بحيث لا تسمع منه بعد ذلك، ولو أقام البينة، وسقوط حقه في الدنيا بحيث لا يجوز مطالبته ولا مقاصته بحلف المدعى عليه على خلاف القاعدة، وإنّما ثبت ذلك في اليمين البتّي بالاجماع والأخبار التي هي منصرفة إلى غير المقام، فراجع وتأمل، وقد صرح بما ذكرنا جماعة من متأخري المتأخرين.

٢١٧ ـ **قوله**ﷺ: **(بل عن الرياض لزوم** ...الخ)[١].

أقول: بل التحقيق عدم كفاية الحلف على نفي العلم مع امكان الاختبار أيضاً، وإنْ لم يختبر فعلاً، وذلك لأنّ يمين نفي العلم على خلاف القاعدة، نعم لو ادعى عليه العلم كان له احلافه عليه، لكن هذا لا دخل له بأصل الدعوى، فتبقى بحالها.

٢١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(لكن الظاهر أنّ** ...الخ)[٢].

أقول: يعني أنّ التقييد بصورة عدم الاختيار في كلام العلامة ليس لبيان الاختصاص، بل من جهة أنّ في صورة الاختيار لا حاجة إلى يمين نفي العلم حتى يبحث عنه، فلا يستفاد من كلامه الاختصاص.

قلت: على فرض تسليم ذلك، غاية الأمر سكوته، وإلا فلا اطلاق في كلامه حتى يشمل صورة الاختيار أيضاً، فلا ينافي ما ذكره سيد الرياضﷺ، ولعله إليه أشار بقوله «فافهم».

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٢.

○ فرع: لو باع الوكيل فوجد في المبيع عيباً

٢١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(رده على الموكل** ...الخ)[١].

أقول: إنْ علم كونه وكيلاً، وإلا رده على الوكيل.

٢٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(بطلت وكالته** ...الخ)[٢].

أقول: ومع فرض بقائها كما في عامل القراض له الرد على الوكيل أيضاً.

٢٢١ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو اختلف الموكل والمشتري في قدم** ...الخ)[٣].

أقول: وكذا لو اختلفا أصل في ثبوت العيب وعدمه.

٢٢٢ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنَّ اقرار الوكيل بالسبق** ...الخ)[٤].

أقول: لا يقال: يمكن قبول اقراره ـ وإنْ بطلت وكالته؛ فضلاً عن صورة بقائها ـ بقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به بناءً على جريانها بعد انقضاء زمان الملك الفعلي ـ كما يظهر من بعضهم ـ فانَّ المقام نظير ما تعرّض له في المبسوط، وذكر فيه قولين، قال ـ على ما حكي عنه ـ (إذا أذن له في شراء عبد وَصَفَهُ، فاشتراه بمائة، ثم اختلف هو والموكل، فقال الموكل اشتريته بثمانين، وقال الموكل اشتريته بمائة، والعبد يساوي مائة، قيل فيه قولان: أحدهما أنَّه يقبل قول الوكيل كما يقبل قوله في التسليم والتلف، والثاني لا يقبل قوله عليه؛ لأنَّه يتعلق بغيره، وكذلك كل ما اختلفا فيه مما يتعلق بحق غيرهما من بائع أو مشتري أو صاحب حق، فانَّه على قولين، والأول أصح)[٥] انتهى.

لانا نقول أولاً: لا دليل على تلك القاعدة خصوصاً بهذا التعميم.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٣.
(٥) المبسوط ٢: ٣٩٢.

وثانياً: فرق بين المقامين، فانّ الشراء بمائة أيضاً مما وكل فيه؛ إذ المفروض أنّه أذن له في الشراء المطلق، فيمكن أنْ يقبل قوله للقاعدة المشار إليها، فانّه إذا كان مالكاً للشراء بمائة مالك للاقرار به، بخلاف المقام فانّ كون المبيع معيباً ليس مما وُكِّل فيه حتى يقبل قوله فيه.

ودعوى: أنّه يرجع في المقام أيضاً إلى كونه وكيلاً حتى في بيع المعيب فبيع المعيب مما وكِّل فيه فهو من فعله يقبل قوله فيه.

مدفوعة: بأنّ هذا فرع معلومية كون المبيع معيباً، والمفروض خلافه.

والحاصل: أنّ الكلام في المقام في أصل تحقق العيب حين البيع، وهذا لا دخل له بالوكيل حتى يقبل قوله فيه، بخلاف ما في المبسوط، ولذا لو فرض اختلافهما في اذنه في الشراء بمائة وعدمه، فقال المالك إنّما أذنت في الشراء بثمانين فقط، لا يقبل قول الوكيل إجماعاً على الظاهر، فتدبّر.

٢٢٣ ـ قوله ﷺ: (ولم يتمكن من الرد ....الخ)(١).

أقول: هذه الجملة إمّا مستأنفة أو حالية، يعني يلزمه الحق لو اعترف، مع أنّه لا يتمكن من الرد على الموكل، وقوله (لأنّه لو أقرّ ردّ عليه) تعليل لما ذكره من اللزوم، يعني أنّ الوكيل لو أقرّ بالتقدم ردّ المشتري عليه، لا على الموكل، ولو أسقط هذه الفقرة من العبارة كان أحسن وأخصر؛ إذ لا طائل تحت هذا التعليل بعد ما ذكره من قوله (اللازم عليه لو اعترف) فتأمل فلعل للعبارة توجيهاً آخر.

٢٢٤ ـ قوله ﷺ: (لأنّ دعواه على الوكيل ....الخ)(٢).

أقول: هذا إنّما يتم إذا كان مدعياً للقطع بكذب الوكيل، وأمّا لو كان انكاره الوكالة من جهة كون العين في يد الوكيل ومقتضاه كونه مالكاً لها فيمكن أنْ يقال له أنْ يُحلف كلاً منهما، لكن إذا حلف أحدهما تسقط دعواه، ولا يجوز له أنْ يُحلف الأخر؛ لأنّها دعوى واحدة يمكن توجيهها إلى كل منهما، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٣.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٣.

٢٢٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وجهان بناهما ...الخ)**[١].

أقول: التحقيق عدم جريان حكم شيء من البينة والاقرار عليه فيرجع فيه إلى مقتضى الأصول، ففي المقام ليس للوكيل ردها على الموكل.

٢٢٦ ـ **قوله**ﷺ: **(لوجب القول بتقديم ...الخ)**[٢].

أقول: يمكن أنْ يقال بالفرق بين المسألتين في جريان أصل عدم الخيانة، لأنَّ في صورة معلومية الخيار إمَّا للعيب أو لغيره يكون دفع العين من البائع إلى المشتري مع كونها في معرض العود إليه شبيها بالامانة، فكأنَّ البائع جعل المشتري أميناً في ذلك فعليه أنْ يقبل قوله في دعوى التعيين، وهذا بخلاف صورة عدم المعلومية كما في المسألة الأولى، فانَّ استئمانه غير معلوم، فتأمل.

٢٢٧ ـ **قوله**ﷺ: **(مستندها ظهور ...الخ)**[٣].

أقول: لا دليل على حجية هذا الظهور، فتدبّر.

٢٢٨ ـ **قوله**ﷺ: **(فهي إنَّما تجدي إذا كان ...الخ)**[٤].

أقول: بل لا تجدي في العيب أيضاً مطلقاً؛ لأنَّه قد يكونان متفقين على بقاء العين ونزاعهما في تعيينها.

❑ الثاني: الاختلاف المسقط للخيار

٢٢٩ ـ **قوله**ﷺ: **(قدم منكر العلم ...الخ)**[٥].

أقول: لأنَّ العلم مانع، وبأصالة عدمه يعمل المقتضي عمله، فكما لو شك في المسقط بعد ثبوت الخيار يبني على عدمه، فكذا إذا شك فيه في حال العقد، فهو نظير ما إذا شك في الحدث حال الاشتغال بالوضوء فانَّه يبني على عدمه، ويحكم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٦.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٦.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٦.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٧.

بصحة الوضوء، هذا إذا كان مسبوقاً بالجهل، وأمّا إذا كان عالماً بالعيب سابقاً وكان الشك في زوال علمه حين العقد حتى يثبت له الخيار وعدمه حتى يكون ساقطاً فالاصل بقاؤه ولا خيار.

٢٣٠ ـ **قوله ﷺ: (أقواهما الأول** ...الخ)[١].

أقول: وذلك لما مرّ سابقاً[٢] من أنّ الأقوى أنّ العيب علة للخيار لا ظهوره.

٢٣١ ـ **قوله ﷺ:(والعبارة المتقدمة** ...الخ)[٣].

أقول: وهي قوله ﷺ: (لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم أقبضه وقد زال عيبه فلا رد لعدم موجبه العيب، وسبق العيب لا يوجب خياراً، كما لو سبق على العقد ثم زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد) انتهى.

ووجه الايماء إلى الثاني أنّ قوله (وسبق العيب لا يوجب خياراً ...الخ) ظاهر في أنّ العلة في الخيار هو ظهور العيب، ومعه فالشك في زواله قبل العلم يرجع إلى الشك في تحقق موضوع الخيار، والاصل عدمه؛ لأنّ أصالة عدم زوال العيب إلى حال العلم لا يثبت تحقق العلم بالعيب الفعلي الذي هو الموضوع.

٢٣٢ ـ **قوله ﷺ: (لأنّ بقاء الجديد نفسه** ...الخ)[٤].

أقول: هذا بالنسبة إلى الأرش مسلم، أمّا بالنسبة إلى الرد فهو ممنوع؛ لأنّ بقاء الجديد مانع عن الرد بالقديم.

فالتحقيق هو الحكم بالارش دون الرد؛ وذلك لأنّ جريان أصالة بقاء القديم مقتضٍ للأمرين، وجريان أصالة بقاء الجديد مقتضٍ لعدم الرد، فينتفي الرد بسبب المعارضة، ويبقى الأرش لعدم المعارض للأصل الأول بالنسبة إليه.

ومن ذلك يظهر أنّ الحق ما ذكره الشافعي من التحالف؛ لأنّ كلاً منهما مدعٍ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٧.
(٢) تعليقة ١٨٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٧.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٧.

لزوال أحدهما، ومنكر بالنسبة إلى الآخر، وإذا حلفا يسقط قول كل منهما في تعيين الزائل، ويبقى مقتضى الأرش بلا معارض؛ لأنَّ محصل الأمر بقاء كل من العيبين، ولازمه أخذ أرش العيب الأول، وعدم الرد لوجود المانع، وهو العيب الثاني.

٢٣٣ ـ قوله ﷺ: (لو كان عيب مشاهداً ...الخ)[١].

أقول: إمَّا أنْ يكون العيب الآخر غير المتفق عليه معلوماً، ويكون النزاع في تقدّمه وتأخره، وإمَّا أنْ يكون مشكوكاً؛ فيكون النزاع في أصل تحققه، وكذا الكلام بالنسبة إلى زيادة العيب.

وعلى التقادير إمَّا أنْ يكون مرجع النزاع إلى ثبوت أصل الخيار وعدمه، بأنْ يكون العيب المتفق عليه غير مؤثر في الخيار من جهة كون المشتري عالماً به حين العقد، أو من جهة الرضا به بعده؛ فيكون النزاع في أنَّ العيب الآخر هل كان ثابتاً حين العقد حتى يثبت الخيار من جهته أو لا، وكذا في الزيادة يرجع النزاع إلى أنَّها هل حصلت بعد العقد أو كانت حاصلة حينه، وإمَّا أنْ يكون مرجعه إلى سقوط الخيار الثابت بالمتفق عليه بسبب العيب الآخر الحادث؛ فيكون النزاع في أنَّ حدوثه هل كان بعد العقد حتى يكون مسقطاً، أو كان موجوداً سابقاً حتى يكون الخيار باقياً، وكذا في الزيادة.

فانْ كان النزاع على النحو الأول فالقول قول البائع في جميع الصور من العلم بالمعيب الآخر والزيادة والشك في أحدهما، وهو واضح، وإنْ كان على الوجه الثاني فالقول قول المشتري في جميعها؛ لأنَّه يرجع إلى الشك في المسقط، والاصل عدمه وبقاء الخيار.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام الدروس من أنَّه كالعيب المنفرد، فانَّ محل كلامه ـ كما يظهر من عبارته الأخيرة ـ هو الشك في السقوط، ومعه لا وجه لتقديم قول البائع أصلاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٨.

٢٣٤ ـ قوله ﷺ: (قدم منكرها ...الخ)[١].

أقول: بلا اشكال، بل في الجواهر[٢] بلا خلاف يعرف، كما اعترف به بعضهم، ثم قال (ولو كان مورد النزاع في حال العقد الواقع أمكن التحالف كما تقدم في نظائره)[٣].

قلت: ولا بأس به؛ إذ حينئذٍ كل منهما مدع ومنكر.

وقال أيضاً (ولو كان كيفية الدعوى استحقاق المشتري الفسخ، والبائع ينكره من غير ذكر سبب خاص أمكن القول حينئذٍ بكون البائع منكراً).

قلت: هو مشكل؛ لأنّه إذا كان العيب معلوماً كما هو المفروض وكان الشك في المسقط فالقول قول من ينكره؛ لأنّ الاصل عدمه؛ لأنّه قد تقرر في محله أنّ المنكر من يكون قوله موافقاً للاصل الذي هو المرجع في المسألة، ومن المعلوم أنّ الاصل عدم المانع بعد وجود المقتضي، وهو العيب، ولا ينفعه تحرير الدعوى بالنحو المزبور.

فان قلت: إنّ ذلك منه من جهة ما قرره في غير موضع من الجواهر من أنّ المدار على مصب الدعوى في تشخيص المدعي والمنكر، فاذا فرضنا أنّ المشتري يدعي الخيار، والبائع ينكره، ففي هذه الدعوى المنكر يكون هو البائع.

قلت: إنّما يتم ما ذكره فيما لو كان الغرض متعلقاً بما هو المصب كما في الفرض السابق الذي قال بالتحالف فيه، فانّه قد يتعلق الغرض بتشخيص مورد العقد لا باثبات الخيار ونفيه، وأمّا إذا كان الغرض متعلقاً باثبات الخيار من جهة العيب وعدمه من جهة التبرّي أو نحوه من المسقطات؛ فلا يتفاوت الحال في ذكر السبب في تحرير الدعوى وعدمه، فتدبّر.

ثم إنّه يظهر من المبسوط الخلاف في أصل المسألة، وإنْ نزّلها صاحب الجواهر على ما ذكره أخيراً من دعوى الخيار بلا ذكر السبب الخاص، فانّ هذا

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٤٩.
(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٤.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٥.

التنزيل بعيد غايته، قال في المبسوط (قد يكون البائع منكراً، كأنْ يدعي المشتري ابتياعه السلعة وبه عيب، فيقول البائع بعته بريئاً من هذا العيب، فله أنْ يحلفه والله لا تستحق رده عليَّ؛ لأنَّه قد يبيعه وبه العيب ثم يسقط الرد بالرضا بالعيب)[١] انتهى.

ومراده من الرضا بالعيب التبرّي أو هو من باب المثال، وكيف كان فهذه العبارة كما ترىٰ كالصريحة في كون النزاع في دعوى التبرّي وعدمه، فلا وجه لتنزيلها على صورة عدم ذكر السبب، مع ما عرفت من عدم الفرق في الحكم بين الصورتين، فتدبّر.

٢٣٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وفي كل منهما نظر ...الخ)**[٢].

أقول: وجه النظر في كلام الاردبيلي؆ منع كون الرواية ضعيفة؛ لأنَّها معمول بها في غير المقام، وإنْ لم تكن كذلك في المقام، وأمّا وجه النظر في كلام الكفاية فلأنَّ المدعي هو البائع لا المشتري، فالرواية على خلاف القاعدة المشار إليها.

٢٣٦ ـ **قوله**ﷺ: **(والأولى في توجيه الرواية ...الخ)**[٣].

أقول: الانصاف أنَّه توجيه وجيه.

٢٣٧ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم الحلف هنا ...الخ)**[٤].

أقول: مراده ﷺ أنَّ المسقط هو التبرّي المعلوم للمشتري؛ إذ المناط في كونه مسقطاً هو رضاه بالعيب، وهذا لا يتحقق إلا مع سماعه وعلمه، وليس مراده ﷺ أنَّه يمين نفي العلم في مقابل اليمين البتي، وهو واضح، ولعله أيضاً مراد الشهيد في المحكي عن حواشيه أنَّ يمين المشتري هنا على نفي العلم، فلا وجه لحمله على ما يقابل البتي كما حمله عليه في الجواهر[٥]، وأورد عليه بما ذكرنا، نعم عبارته

---

(١) حكاه عنه الجواهر ٢٣: ٢٨٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٥١.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٢.
(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٥.

موهمه لخلاف المقصود كما لا يخفىٰ.

٢٣٨ ـ **قوله**ﷺ: (**ولو وجد في المعيب عيب** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ هذا تكرار لما ذكره في المسألة الثالثة، فلا تغفل.

❑ الثالث: الاختلاف في الفسخ

٢٣٩ ـ **قوله**ﷺ: (**لو اختلفا في الفسخ** ...الخ)[٢].

أقول: قد يكون المدعي للفسخ هو المشتري، وهو الغالب، وقد يكون هو البائع، وغرضه في ذلك دفع الأرش أو غير ذلك من الاغراض، ونظر المصنِّفﷺ إلى الأول كما لا يخفىٰ.

٢٤٠ ـ **قوله**ﷺ: (**ولعله لما اشتهر** ...الخ)[٣].

أقول: هذا إذا كان مراد الشهيد كونه بمنزلة الانشاء، ويمكن أنْ يكون مراده أنَّ الاقرار فسخ حقيقةً، بدعوى أنَّه لا يعتبر فيه الانشاء، بل يكفيه النية ووجود مظهر كما قيل بذلك بالنسبة إلى الرجوع في الطلاق، بل بالنسبة إلى الفسخ أيضاً كما سيأتي في أحكام الخيار إنْ شاء الله، وإنْ كان التحقيق خلافه، لكن بناءً عليه لا يكون داخلاً تحت قاعدة من ملك كما لا يخفىٰ.

٢٤١ ـ **قوله**ﷺ: (**ويدل عليه بعض الأخبار** ...الخ)[٤].

أقول: الظاهر أنَّ نظره إلى ما ورد بهذا المعنى في من أقرَّ ببيع مملوكه، ثم جاء وادعى الرقية، وإلا فلم نرَ خبراً في العتق على ما وصفه بعد الفحص، فيكون لفظ العتق غلطاً من النسخة أو سهواً من القلم بدلاً عن لفظ البيع.

وأمَّا ما أشرنا إليه فهو الخبر عن محمد بن عبدالله الكاهلي (قال: قلت لأبي عبداللهعليه السلام كان لعمي غلام فأبق، فأتى الانبار فخرج إليه عمي، ثم رجع، فقلت: ما

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٣.

صنعت ياعم في غلامك؟ قال: بعته، فمكث ما شاء الله، ثم إنَّ عمي مات، فجاء الغلام فقال: أنا غلام عمك، وقد ترك عمي أولاداً صغاراً وأنا وصيهم. فقلت: إنَّ عمي ذكر أنَّه باعك. فقال: إنَّ عمك كان لك مضاراً وكره أنْ يقول لك فتشمت به، وأنا والله غلام بينه، فقال عليه السلام: صدّق عمك وكذب الغلام، فاخرجه ولا تقبله)[1].

هذا، ولا يخفى أنَّ الاستدلال به على القاعدة المذكورة مشكل:

أولاً: لكونه قضية في واقعة، فلعله عليه السلام كان مطلعاً على كذب الغلام.

وثانياً: يمكن دعوى أنَّ ذلك من باب قاعدة الاقرار؛ حيث إنَّ العم في حال حياته أقرَّ بنفي الرقية، وأنَّه باعه، ومقتضى ذلك الحكم بعدم كونه ملكاً له، ولا حاجة إلى اجراء قاعدة من ملك.

فان قلت: إنَّ الاقرار إنَّما يعمل به فيما على المقر، لا فيما له، فكيف يحكم بسماعه في المقام لدفع النفقة ونحوها من لوازم المملوكية؟!

قلت: إنَّه إذا أقرَّ بذلك في حال حياته وحكم شرعاً بخروجه عن ملكه فلازمه عدم استحقاقه النفقة، مع أنَّه قد تقرر في باب الاقرار أنَّه قد يكون للموضوع المقر به ـ الذي يكون على المقر ـ لوازم تكون له، ومثل هذه لا بأس بترتيبها، مثلاً إذا أقرَّ بالطلاق يقبل منه، ولازمه عدم استحقاق الزوجة للانفاق، وكذلك المقام.

وأمَّا اشتهر من أنَّ الاقرار لا يسمع بالنسبة إلى ما يكون للمقر، إنَّما هو إذا كان متعلقاً للاقرار أولاً، لا مثل ما ذكرنا من اللوازم الثابتة لما عليه، ولعله لما ذكرنا لم يشر المصنِّف في رسالته في قاعدة من ملك إلى الاستدلال بهذا الخبر، مع غاية حرصه في ذكر الدليل عليها.

٢٤٢ ـ **قوله** قدس سره: (**حلف الآخر على نفي علمه** ...الخ)[2].

أقول: إنْ كان البائع هو المدعي لفسخ المشتري فحلف المشتري على البت لا على نفي العلم؛ لأنَّه من فعل نفسه.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب بيع الحيوان، ح ١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٣.

٢٤٣ ـ **قوله**ﷺ:**(وجهان ...الخ)**[1].

أقول: الوجهان جاريان في كل مورد وجد مسقط من المسقطات وفسخ، وشك في كون المقدم ما هو، ونظيره ما تعرضوا له في مسألة الرهن، من أنّه لو أذن في بيع العين المرهونة ثم رجع وباعها الراهن، واختلفا في تقدّمه على الرجوع وتأخره، وأيضاً لو اختلفا في كون الرجوع قبل انقضاء العدة أو بعده حسبما أشار إليه المصنِّفﷺ.

والحق في المقام هو الوجه الثاني، لا لما أشار إليه المصنِّف من أصالة صحة الفسخ؛ إذ يرد عليها أنّه لو أريد منها التمسك بالعموم ففيه أنّه لا يجوز ذلك في الشبهة المصداقية كما تقرر في محله، ولو أريد منها حمل فعل المسلم على الصحة فالمسلّم منه غير صورة المنازعة، وفيها في العقود، لا في الايقاعات على ما بيّن في محله.

بل لأنّه لا يعتبر في الفسخ إلا كونه في حال بقاء الخيار، وأصالة بقائه إلى حين الفسخ، بل إلى ما بعده كافية، وإنْ شئت فقل الأصل عدم المانع من الفسخ فيما إذا شك في وجود المسقط قبله.

فان قلت: الأصل المذكور معارض بأصل عدم الفسخ إلى ما بعد الانقضاء أو المسقط.

قلت: هذا الأصل لا أثر لها إلا بعد اثبات وقوع الفسخ بعد، والمقرر في محله عدم حجية الاصل المثبت.

فان قلت: الأصل الذي ذكرت أيضاً مثبت؛ حيث إنَّ المؤثر هو الفسخ قبل الانقضاء أو قبل حصول المسقط، والاصل المذكور لا يثبت ذلك.

قلت: نمنع ذلك، بل يكفي كون الفسخ في حال يكون الخيار باقياً، إمَّا بالعلم أو بالاصل.

والحاصل: أنّه لا حاجة إلى اثبات كون الفسخ قبل الانقضاء، أوقبل حصول

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٤.

المسقط، أو في زمان الخيار، بل يكفي تحققه في زمان يحكم فيه ببقاء الخيار، كيف؟ وإلا لزم عدم كفاية استصحاب الخيار مع الشك في بقائه من جهة الشك في المسقط أو الانقضاء، مع أنّه لا اشكال في أنّه إذا شك في ذلك له أنْ يجري الأصل ويفسخ من غير حاجة إلى اثبات أنّ هذا الفسخ وقع في زمان الخيار أو قبل المسقط.

ونظير المقام ما ذكرنا فيما لو صلى بعد كونه متطهراً سابقاً وعلم بوقوع حدث منه، إمّا قبل الصلاة أو بعدها، أنّه يكفي استصحاب بقاء الطهارة إلى ما بعد الصلاة، وأنّه لا فرق بين هذا الفرض وما لو شك في بقاء الطهارة فابقاها وصلى، فكما يجري الأصل في الثاني من دون الحاجة إلى اثبات أنّ الصلاة وقعت مقرونة بالطهارة، فكذا في الفرض الأول، فانّ ابقاء الطهارة إلى ما بعد الصلاة يكفي في الصحة، خلافاً لبعض المعاصرين حيث فرّق بين الصورتين، وحكم بعدم جريان الأصل في الأولى؛ لأنّه لا يثبت وقوع الصلاة في حال الطهارة، مع أنّ الصحة متفرعة عليه، وأمّا نفس الصحة فهي من الاحكام العقلية لا يمكن ترتيبها على الأصل.

وأمّا الصورة الثانية فاستصحابها وإنْ كان كذلك أيضاً، إلا أنا نقول إنّ المترتب عليه جواز الدخول في الصلاة، ولازمه صحتها، وهذا بخلاف الصورة الأولى فانّ أثر الأصل لا يمكن أنْ يكون هو الجواز؛ إذ المفروض غفلته عن حال الطهارة، فالجواز ثابت بحكم العقل، مع أنّ الأصل إنّما يجري بعد العمل، ولا يعقل أنْ يكون أثره جواز الدخول فيه.

قلت التحقيق: عدم الفرق بين الصورتين، وأنّ أثر الأصل هو الصحة بمعنى الاكتفاء الشرعي، وأنّه لا حاجة إلى اثبات وقوع الصلاة في حال الطهارة، بل يكفي تحقق الشرط، وهي الطهارة حين وقوعها، إذ لا دليل على أزيد من أنّه يجب أنْ يكون المكلف في حال الصلاة متطهراً، والمفروض أنّه محكوم به شرعاً.

ثم يرد على ما ذكره من أنّ أثر الاستصحاب في الصورة الثانية جواز الدخول،

ولازمه الصحة أنّه إنْ أراد الجواز الوضعي فهو عين الصحة، وإنْ أراد الجواز التكليفي فلا ينفع في اثبات الصحة؛ لأنَّ مجرد عدم الحرمة لا يكفي في صحة الصلاة، كيف؟ والصلاة بلا طهارة غفلة أيضاً جائزة، مع أنّها غير صحيحة.

ثم لا نسلّم عدم امكان كون الأثر هو الجواز في الصورة الأولى أيضاً؛ إذ له أنْ يقول بعد الصلاة الأصل بقاء الطهارة إلى حين الدخول في الصلاة، فكانت جائزة شرعاً، وهذا أيضاً كافٍ في اثبات الصحة على فرض تسليمه، والجواز الذي يكون معلوم الثبوت هو مجرد الرخصة العقلية، ولا دخل له بالجواز الشرعي، فبالاستصحاب يترتب هذا الجواز، ويترتب عليه الصحة.

وبالجملة: ففي المقام أيضاً نقول كما لا اشكال في أنّه لو شك في بقاء الخيار من أجل الشك في الانقضاء أو حصول المسقط له أنْ يجري أصالة بقائها ويفسخ، من غير حاجة إلى اثبات أنَّ هذا الفسخ هل وقع في حال الخيار أو لا، فكذا إذا علم بصدور فسخ ومسقط وشك في كونه مقدماً أو مؤخراً، له أنْ يقول الاصل بقاء الخيار إلى حال الفسخ، ولا يعارض بأصالة عدم الفسخ إلى ما بعد المسقط؛ إذ هذا الاصل بنفسه لا يترتب عليه أثر شرعي، بل لا بدَّ من اثبات وقوع الفسخ قبله، والأصل لا يثبته كما عرفت.

ومما ذكرنا ظهر حال مسألة بيع الرهن، فانَّ الأقوى فيها أيضاً الحكم بصحة البيع لاصالة بقاء الاذن إلى حين صدوره، وكذا مسألة الاختلاف في الرجعة أنّها كانت بعد العدة أو فيها، فانَّ مقتضى ما ذكرنا تقديم قول الزوج؛ لاصالة بقائها إلى حين الرجوع، نعم يمكن دعوى تقديم قول الزوجة بناءً على شمول ما دلَّ على أنَّ أمر العدة بيد النساء، وأنّهنَّ مصدقات فيها كما اختاره في الجواهر[1]، لكنه كما ترىٰ، فانَّ ظاهر النصوص أنَّ دعواها في الانقضاء والبقاء مسموعة، لا دعواها تقدّم الانقضاء على الرجوع، فتدبّر.

وقد أكثر الفقهاء الكلام في هاتين المسألتين، فانَّ شئت فراجع، وغرضنا ليس

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٩٦.

إلا الاشارة.

ثم إنّ ما ذكرنا إنّما يتم بلا اشكال فيما لو كان تاريخ الفسخ أو البيع أو الرجوع معلوماً دون الطرف الآخر، أمّا لو انعكس أو جهل التأريخان فالأمر وإنْ كان كذلك إلا أنّه لا يخلو عن اشكال، وتمام الكلام في مقام آخر.

٢٤٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو كان منشأ النزاع** ...الخ)[١].

أقول: حال هذا الفرض حال الأول حرفاً بحرف.

٢٤٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وهذه المسألة نظير** ...الخ)[٢].

أقول: يعني أصل المسألة لا خصوص الفرض الثاني كما لا يخفى.

٢٤٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد يفصل بين الجهل** ...الخ)[٣].

أقول: يمكن أنْ يكون وجه الفرق كون قوله موافقاً للظاهر أو مخالفاً، ويمكن أنْ يكون حصول الاقدام على الضرر من جهة تقصيره في فهم الحكم في أحدى الصورتين دون الأخرى، وظاهر العبارة الثاني؛ حيث يظهر منها التفصيل المذكور حتى مع العلم بصدقه في كونه جاهلاً، بل الظاهر منها فرض العلم بصدقه، فتدبّر.

والأقوى السماع مع الاحتمال كما اختاره المصنِّفﷺ؛ للأصل وعدم الدليل على حجية الظهور، وعدم صدق الاقدام حتى مع التقصير، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٤.

❑ بيان ماهية العيب

٢٤٧ ـ **قوله ﷺ: (في ماهية العيب** ...الخ)[1].

أقول: التحقيق أنَّ المدار في العيب المعلّق عليه الحكم في المقام هو العرفي، والظاهر أنَّ المعيار عندهم هو النقص الموجب النقصان المالية، سواء كان بزيادة عينية أو وصفية أو نقصان كذلك، والمراد من الوصف أعم من الاعتباري، ككون المزرعة ثقيلة الخراج ونحو ذلك من الاوصاف الاعتبارية، وإنْ شئت فقل إنّه الخروج عن مقتضى الطبيعة الاولية أو الثانوية بما يوجب منقصة فيه توجب نقصان القيمة.

وعلى هذا فقد يكون العيب بالبقاء على مقتضى الخلقة الاصلية والطبيعة الاولية كعدم الختان ونحوه، ويمكن أنْ يرجع إلى ما ذكرنا ما ذكره الفقهاء من أنّه الخروج عن الخلقة الاصلية بزيادة أو نقصان، بدعوى إرادة الفرد الغالب، فانَّ الغالب أنَّ الخروج عن الخلقة الاصلية عيب، ومن ذلك يمكن الجواب عن المرسلة الآتية أيضاً بتنزيلها على الغالب، مع أنّه لا دلالة فيها على الحصر، فتدبّر.

ثم لا يخفىٰ أنَّ العيب في مقام المالية غير العيب في حد نفسه، فقد يكون الشيء عيباً في حد نفسه، ولا يكون عيباً في مقام المالية، كزيادة الثألول أو نحوه، أو نقصان عضو لا يكون موجباً لنقص المالية؛ لعدم توقف الغرض المطلوب من ذلك المال على ذلك الشيء، ومثله لا يكون موجباً للخيار؛ لأنَّ الادلة منصرفة إلى ما يكون عيباً في مقام المالية، وهذه فائدة جليلة لا تغفل عنها.

ثم إنّه لا يخفىٰ أيضاً أنّه قد يختلف كون الشيء عيباً بالنسبة إلى الاشياء والأزمان والبلدان، فمثل الخصاء كمال في بعض الحيوانات، وعيب في بعضها بالنسبة إلى بعض البلدان، فقد يكون الخصاء في العبد عيباً، وقد لا يكون كما في بعض البلدان بالنسبة إلى بعض الاصناف، فلكل حكمه.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٥.

٢٤٨ ـ **قوله**ﷺ: **(على حال القدر المشترك ...الخ)**[١].

أقول: لكن لا يخفىٰ أنّه لا يلزم أنْ يكون الحكم لكلي القدر المشترك يكون التخلّف لعارض، بل قد يكون الاستدلال بملاحظة أنَّ غالب الأفراد إذا كانت على وصف فيكون القدر المشترك كذلك بلحاظ وجوده في الغالب، فيلحق النادر به من دون أنْ يكون ذلك حكم القدر المشترك بما هو قدر مشترك، مثلاً إذا كان مقتضى طبيعة شيء البياض، لكن كان غالب أفراده أسود فيظن كون المشكوك أيضاً أسود، وأنَّ القدر المشترك متصف بالسواد بملاحظة أغلب أفراده.

وفي الحقيقة هذا استدلال بالجزئي على الجزئي؛ لأنَّ القدر المشترك ليس متصفاً بالسواد بما هو، بل بما هو موجود في ضمن الغالب، فلا نسلّم أنّه لا يمكن الاستدلال بالجزئي على الجزئي، نعم لا بدَّ من لحاظ القدر المشترك حتى يمكن إلحاق النادر بسببه بالغالب، وأمّا كون الحكم للقدر المشترك ـ من حيث هو ـ حتى يسري إلى الفرد النادر فلا، فتدبّر.

٢٤٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم لو تعارض ...الخ)**[٢].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ مقتضى ما ذكره أولاً كون الغلبة طريقاً إلى معرفة حال الحقيقة، لا كونها مناطاً وموضوعاً، وعلى هذا فلا معنى للتعارض، ولعل مراده تعارض الحقيقة الاصلية الاولية والثانوية.

وعلى هذا كان الأولى أنْ يقول أولاً أنَّ المراد من الحقيقة التي قلنا إنَّ مقتضاها قد يعرف من الخارج، وقد يعرف من ملاحظة حال الأغلب أعم من الاصلية الاولية والعرضية الثانوية، ولو تعارض الحقيقتان قدم الثانية، وهذا هو مرادهﷺ كما يظهر من بياناته بعد ذلك، إلا أنَّ العبارة السابقة قاصرة، فتدبّر.

٢٥٠ ـ **قوله**ﷺ: **(إلا أن يقال إنَّ الغفلة ...الخ)**[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٦.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٧.

أقول: يعني أنَّ العيب في الحقيقة كونه معرضاً للتلف، وهو خروج عن مقتضى الطبيعة الاولية، لكن فيه ما لا يخفى، فانَّ العرف يعد الغفلة عيباً بنفسها.

٢٥١ ـ قوله‌ﷺ: **(إلا أنَّ حكم العيب لا يثبت** ...الخ)[١].

أقول: لازم هذا الوجه التفصيل بين ما لو كان المشتري ملتفتاً إلى كون الغالب كذا وعدمه، وإلا فمجرد ذلك لا يكون في حكم الالتزام به، والظاهر عدم إلتزامهم بالتفصيل المذكور، وهذا كاشف عن كون التحقيق هو الوجه السابق من كون المدار على الأعم من الحقيقة الاصلية والعرضية، فتدبّر.

٢٥٢ ـ قوله‌ﷺ: **(بلاخلاف ظاهر** ...الخ)[٢].

أقول: سيأتي من المصنِّف‌ﷺ في بحث الشروط نقل الخلاف عن العلامة، فراجع[٣].

٢٥٣ ـ قوله‌ﷺ: **(لكن الوجه السابق أقوى** ...الخ)[٤].

أقول: الظاهر أنَّ مراده من الوجه السابق الوجه الثاني الذي ذكره بقوله (ويمكن أنْ يقال إنَّ العبرة ...الخ) وسابقيه إنَّما هو باعتبار آخر البيان؛ حيث قدّمه في ذكر الثمرة، ويمكن أنْ يكون لفظة «السابق» غلطاً من النسخة، والصواب لفظة «الثاني»، فتدبّر.

٢٥٤ ـ قوله‌ﷺ: **(ويحتمل قوياً** ...الخ)[٥].

أقول: قد عرفت أنَّ هذا هو المتعين؛ لأنَّ المراد بالعيب في المقام بحكم الانصراف هو العيب من حيث المالية، لا في حد نفسه، وإلا فكثير من الأوصاف والزيادات والنقائص عيب في الشيء في حد نفسه، خصوصاً في مثل الحيوانات،

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٨.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٨١.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٩.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٩.

ولا يكون متعلقاً للحكم بلا اشكال.

٢٥٥ ـ **قوله**ﷺ: **(إلا أن الغالب في أفراد** ...الخ)[١].

أقول: غرضه ﷺ ثبوت الخيار، لكن لا من جهة العيب، بل من جهة الشرط الضمني، ويمكن منعه بناءً على عدم صدق العيب؛ لأنّ مجرد كون الغالب في الأفراد على وصف لا يوجب اشتراط كون المبيع منها، وإلا لزم ثبوت الخيار في تخلّف وصف الكمال أيضاً إذا فرض كون الغالب مشتملاً عليه، ومن المعلوم عدم التزامهم به، فتدبّر.

٢٥٦ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمل** ...الخ)[٢].

أقول: لعل وجهه أنّ الوجه في الفرق بين العيب وتخلّف الشرط فيما ذكرنا إنّما هو امكان تدارك ضرر المشتري في العيب بغير الفسخ من الأرش، بخلاف تخلّف الشرط لعدم الأرش فيه، فينحصر طريق الرفع في الفسخ، فلا تكون الموانع مانعة فيه، وفي المقام المفروض أنّ في العيب أيضاً لا أرش حتى يتدارك به ضرر النقص الحاصل في المبيع، فلا فرق بينه وبين تخلّف الشرط في لزوم عدم المانعية، فتدبّر.

٢٥٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وللنظر في كلا شقي** ...الخ)[٣].

أقول: يعني في كلا شقي الثمرة الثانية من ضمان النقص قبل القبض وفي مدة الخيار، وليس المراد من الشقين الثمرتين؛ لأنّه أشار إلى النظر في الأولى منهما بقوله «فتأمل».

ثم الظاهر أنّ وجه النظر أنّ ما دلّ على كون العيب الحادث قبل القبض أو في زمان الخيار مضموناً على البائع يجري في تخلّف الوصف أيضاً، وذلك لأنّ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٩.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٠.

الدليل على الضمان على ما مرت الاشارة إليه سابقاً[١] وسيأتي[٢] لاحقاً إنّما هو قاعدة كون التلف قبل القبض من البائع، وقاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له.

بتقريب: أنّ المستفاد من الخبر الذي هو دليل القاعدة كون العين قبل القبض في عهدة البائع، وأنّ تلف الكل أو البعض أو الوصف في يده بعد البيع بمنزلة حدوث أحد هذه الأمور قبل العقد، فكما أنّ التلف حين العقد موجب لبطلانه، وتلف بعضه موجب للبطلان في ذلك البعض، وثبوت العيب حينه موجب للخيار، فكذلك التلف بعد العقد قبل القبض، وكذا حدوث العيب بعده قبل القبض، وهكذا فقد سائر الاوصاف، فكما أنّ فقد الوصف المشروط حين العقد موجب للخيار، فكذا فقده بعده قبل القبض، وكذا الكلام بالنسبة إلى التلف في زمن الخيار أو فوات الوصف فيه، فكلام الفقهاء وإنْ كان مختصاً بالعيب إلا أن الدليل مشترك بينه وبين تخلّف الوصف.

فان قلت: غاية ما يستفاد من القاعدة على فرض التسليم أنّ حكم العيب الحادث قبل القبض حكم الموجود حين العقد، وكذا حكم فقد الوصف قبله حكم فقده حين العقد، وهذا نافع في الأول؛ لأنّ العيب الموجود حين العقد حكمه الخيار، بخلاف الثاني، فانّ مجرد فقد الوصف حين العقد ليس موجباً للخيار، بل الموجب له موضوع آخر، وهو تخلّف الشرط، وهذا الموضوع لا يثبت بالتنزيل المذكور، فالفرق بين المقامين في محله.

قلت: الموجب للخيار فقد الوصف المشترط بوصف أنّه مشترط، وبالتنزيل المذكور يثبت أنّ فقد الوصف المشترط قبل القبض كفقده حين العقد، وهذا كافٍ في ثبوت الخيار، فتدبّر.

---

(١) تعليقة ١٣٣.
(٢) تعليقة ٦٧٧.

٢٥٨ ـ **قوله**ﷺ: **(أمّا أولاً فلأنّ ظاهر ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفىٰ أنّ هذا إنّما يكون جواباً عن التأييد الذي ذكره بفهم ابن مسلم وابن أبي ليلى، وأمّا الجواب عن اطلاق الرواية ـ وهو العمدة ـ فهو ما ذكره بقوله (وثالثاً أنّ الرواية ...الخ).

وفي الحقيقة هذا هو التحقيق في الجواب، وكان الأولى أنْ يجمع بين الجوابين بأنْ يقول والجواب إمّا عن الاطلاق فبكذا، وإمّا عن التأييد فبكذا.

ثم لا يخفىٰ أنّه على فرض فهم ابن مسلم وابن أبي ليلى الاطلاق لا دليل على اعتباره كما لا يخفىٰ.

٢٥٩ ـ **قوله**ﷺ: **(وامّا ثانياً فلأنّ ...الخ)**[٢].

أقول: حاصله: أنّ الثابت بالرواية ليس إلا مجرد الرد، لا سائر أحكام العيب، فلا يتفاوت الحال بين جعله من باب خيار العيب أو من باب تخلّف الشرط، هذا.

ولكن يرد عليه أولاً: أنّ مقتضى الرواية كون الرد من باب العيب، وهذا المقدار كافٍ في المطلب، وهو كون العيب أعم مما ينقص المالية أو لا.

وثانياً: نمنع عدم ثبوت سائر أحكام العيب، من التنزيل المذكور، وكون الشائع المتبادر هو الرد ممنوع، وعلى فرضه ليس على وجه يقتضي الانصراف.

وثالثاً: أنّ ثبوت سائر الأحكام ليس من جهة هذه الرواية، بل لدلالة الأخبار الأُخر، وهذه الرواية إنّما هي بصدد بيان الموضوع فقط، من غير نظر إلى الرد أو غيره، وإذا ثبت الموضوع فيلحقه جميع الأحكام من جهة الأدلة المثبتة لها، ولعله إلى بعض ما ذكرنا أشار بقوله‌ﷺ «فتأمل».

٢٦٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فافهم ...الخ)**[٣].

أقول: لعله إشارة إلى أنّ ضعفها منجبر بالشهرة، وهو كذلك كما لا يخفىٰ.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٦١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٢.

٢٦١ ـ **قوله ﷺ: (أنَّ الأولى في تعريف** ...الخ)[1].

أقول: بل هو المتعين كما عرفت[2].

٢٦٢ ـ **قوله ﷺ: (كما قد يقال ذلك في العبد الخصي** ...الخ)[3].

أقول: بناء على عدم صيرورته إلى حدٍ يكون كمالاً في العبد كما في بعض البلدان، وإلا فليس بعيب كما عرفت.

٢٦٣ ـ **قوله ﷺ: (وما أُحسنه حيث** ...الخ)[4].

أقول: الأولى أنْ يقال إنَّه جعله ضابطاً لموضوع العيب كما هو ظاهر الكلام، ويكون المراد من المنقص للعين المنقص الذي يوجب نقص المالية أيضاً، ويكون قوله (بشرط أنْ يكون الغالب ...الخ) قيداً للحوق حكم العيب، لا لأصل الموضوع، فتأمل.

٢٦٤ ـ **قوله ﷺ: (أراد به مجرد موجب الرد** ...الخ)[5].

أقول: هذا بعيد عن ظاهرهم؛ حيث إنَّ مقتضى ظاهر كلامهم تعميم موضوع الاحكام كلية.

٢٦٥ ـ **قوله ﷺ: (وعليه يبتني** ...الخ)[6].

أقول: لا يمكن حمل كلامه على ما ذكرنا، لأنَّ المفروض أنَّ العلامة بصدد بيان ضابط العيب وحقيقته، وهو أيضاً قد صرّح بكون الجب والخصاء عيبان، قال (كان عليه أنْ يقيد بقوله غالباً ليندرج فيه الخصاء والجب فانَّهم يزيدان في المالية مع أنَّهما عيبان يثبت بهم الرد قطعاً، وفي الأرش إشكال منشاؤه أنَّ تعينه منوط

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٣.
(٢) تعليقة ٢٥٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٣.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٤.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٤.

بالنقصان، وهو منتفٍ هنا)[١] انتهى.

نعم الذي يظهر منه أنّ العيب قسمان، قسم يوجب الرد فقط، وقسم يكون مخيراً بينه وبين الأرش، لا أنّ الأول ليس بعيب، وإنّما يثبت الرد من جهة أخرى كما هو مقتضى توجيه المصنّف﴿ره﴾ لكلامه وكلام الجماعة، ولعمري إنّ التوجيه المذكور بعيد غايته، كيف؟ وصريح هؤلاء أنّ الرد إنّما هو من حيث خيار العيب، لا من باب آخر.

وأمّا ما ذكره المصنّف من أنّ المستفاد من بعض الأمثلة ذلك فهو ممنوع كما لا يخفىٰ على من لاحظها، مع أنّه إذا فرض عدم صدق العيب على بعضها يكون ذلك اشكالاً عليه، لا دليلاً على ما ذكره المصنّف.

وأمّا تقييده عدم الختان بجهل المشتري فهو من باب التقييد في لحوق الحكم، لا في أصل الموضوع كما مرّ[٢] نظيره في كلام العلامة.

❑ مسألة: في بعض أفراد العيب

٢٦٦ ـ **قوله﴿ره﴾:(والحوص ...الخ)**[٣].

أقول: هو إمّا بالخاء ـ المعجمة ـ بمعنى عور العينين، يقال خَوِصَ كفرح فهو أخوص، وإمّا بالحاء ـ المهملة ـ بمعنى الضيق في مؤخر العين، وعليه أيضاً من باب فرح، وعلى التقديرين هي محركة.

٢٦٧ ـ **قوله﴿ره﴾: (ثم إنّ عدّ حمى اليوم ...الخ)**[٤].

أقول: التحقيق أنّه ليس بعيب، ولا موجب للرد إذا علم كونه زائلاً، فلا وجه لعده أصلاً.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٢٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٥٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٥.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٥.

❑ مسألة: الحبل عيب في الاماء

٢٦٨ ـ **قوله**ﷺ: (**أمّا في غير الاماء من الحيوانات** ...الخ)[١].

أقول: التحقيق أنّ المدار على العرف، وهو مختلف بالنسبة إلى أصناف الحيوانات من حيثية اختلاف الاغراض المتعلقة بها مما ينافيه الحبل أو لا ينافيه، وكذا بالنسبة إلى الحالات والأزمان، فلا وجه للحكم كلية، فاذا فرض في بعض الأزمان الوضع مؤدياً إلى الهلاك غالباً كما قد يتفق من جهة خصوصية في ذلك الوقت يكون عيباً وهكذا، وبالجملة المرجع العرف في خصوص كل مورد مورد.

٢٦٩ ـ **قوله**ﷺ:(**وظاهر ذلك كله خصوصاً** ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفى أنّ هؤلاء لم يتعرضوا إلا لصورة إرادة الرد بعد الولادة، فلعل التفصيل بين ما إذا حدث نقصان أو لا إنّما هو من جهة أنّ العيب الحادث إذا زال لا يمنع عن الرد عندهم، ولم يتعرضوا لما إذا أراد الرد بعد تبين الحمل قبل الولادة، فيمكن أنْ يكون مذهبهم فيه المنع عن الرد مطلقاً لمكان كونه عيباً، فلم يفرقوا بين الحمل الموجود حين العقد والحادث بعده في الاطلاق والتقييد، بل هو عيب عندهم مطلقاً، نعم إذا زال العيب بأنْ حصلت الولادة ولم يحدث نقص لا يكون هناك مانع عن الرد ، فتدبّر .

٢٧٠ ـ **قوله**ﷺ:(**خصوصاً بملاحظة** ...الخ)[٣].

أقول: الظاهر أنّ المصنّفﷺ حمل قوله في التذكرة (أو كان الحمل في يد البائع)[٤] على إرادة بيان حكم الحمل الموجود حين العقد الموجب للخيار، فيكون كلامه على هذا ظاهراً في التفصيل بين الحمل الموجود حين العقد

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٦٩.
(٤) التذكرة ١١: ١٤٥.

والحادث بعده، حيث إنَّ الأول عيب يوجب الرد مطلقاً، والثاني لا يكون مانعاً إلا إذا كان منقصاً، هذا ويمكن أنْ يكون مراد العلامة أنَّ الحمل الحادث بعد العقد إذا كان في يد البائع لا يمنع عن الرد لمكان كونه في ضمان البائع، بل هذا هو الظاهر من العبارة، فانَّ المفروض في كلامه حدوث الحمل في الجارية أو البهيمة المعيبة بغير الحبل، وأنّه مانع عن الرد أولاً، وعلى هذا فلا يظهر منه ما ذكره المصنِّف‏.

٢٧١ ـ **قوله‏: (ومما ذكرنا ظهر الوهم ...الخ)**[1].

أقول: وذلك لأنّه قال (إنَّ هذا بناءً على قول الشيخ ظاهر، وأمّا عندنا فالأقوى ذلك) فصريح كلامه عدم الابتناء، ومن ذلك يظهر أنَّ الأولى كان التعبير بقوله (وبما نقلنا من عبارته ظهر الوهم)، فتدبّر.

٢٧٢ ـ **قوله‏: (لكن الظاهر من التعليل ...الخ)**[2].

أقول: الانصاف أنَّ ما فهمه جامع المقاصد هو الظاهر منه، فتدبّر.

❑ مسألة: هل الثيبوبة عيب في الاماء

٢٧٣ ـ **قوله‏: (الأكثر على ...الخ)**[3].

أقول: ما عليه الأكثر هو الموافق للتحقيق، نعم إذا فرض عدها نقصاً في بعض البلدان وبعض الأزمان يكون عيباً؛ لما عرفت من المناط فيه هو العرف المختلف بالأزمان والبلدان والأحوال.

٢٧٤ ـ **قوله‏: (ففي الأول ماعرفت ...الخ)**[4].

أقول: لا يخفى أنَّ هذا منافٍ لما مرَّ منه‏ من تقديم مقتضى الحقيقة الثانوية عند التعارض، فكان الأولى له أنْ يمنع وصوله إلى حد الحقيقة الثانوية، وإنْ كان هو أيضاً في غير محله، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٢.

٢٧٥ ـ قوله ﷺ: (فالأقوى أنَّ الثيوبة ...الخ)[١].

أقول: فيه نظر؛ إذ لا دليل على كونه عيباً شرعاً، والعرف لا يساعد عليه أيضاً.

٢٧٦ ـ قوله ﷺ: (فلولا أنَّ الثيبوبة ...الخ)[٢].

أقول: قد مرت الاشارة[٣] إلى أنَّ العلامة قائل في بعض كلماته على ما سينقله عنه في بحث الشروط بثبوت الأرش في تخلّف الشرط، ويمكن أنْ يستدل عليه ـ مضافاً إلى أنَّه مقتضى القاعدة على ما سيأتي بيانه إنْ شاء الله ـ برواية يونس المذكورة في المتن.

❑ مسألة: هل عدم الختان عيب في العبيد

٢٧٧ ـ قوله ﷺ: (من جملة العيوب عدم الختان ...الخ)[٤].

أقول: التحقيق أنَّه يختلف كونه عيباً باختلاف الأزمان والأحوال، فقد يكون الختان معرضاً للهلاك أو المرض أو نحو ذلك، وقد لا يكون.

٢٧٨ ـ قوله ﷺ: (كما في ظاهر بعض كلمات ...الخ)[٥].

أقول: مثل الشرائع حيث قال (إذا اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر، ومثلها تحيض فيها كان ذلك عيباً)[٦]، هذا وفي الجواهر (ثم إنَّه لا بدَّ من تنزيل الخبر وعبارات الأصحاب على إرادة علم سبق ذلك عند البائع، وإلا فمع احتمال عروض العارض عند المشتري لا ردَّ ولا أرش)[٧]، قلت وهو جيد.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٤.
(٣) تعليقة ٢٥٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٥.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٧.
(٦) شرائع الاسلام ٢: ٢٩٢.
(٧) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٢.

❑ مسألة: هل عدم الحيض ممن شأنها الحيض عيب

٢٧٩ ـ **قوله ﴿﴾: (ثم إنَّ حمل الرواية ...الخ)**[١].

أقول: غرضه الاستشكال فيها من حيث منافاتها لما عليه الاصحاب من سقوط الرد وتعين الأرش فيما إذا تصرف المشتري في المبيع المعيب، ويمكن أنْ تجعل دليلاً على أنَّ مطلق التصرف ـ حتى مثل اغلق الباب ونحوه ـ ليس مسقطاً، بل المسقط التصرف الناقل أو المغيّر أو ما يكون بقصد انشاء الرضا بالبيع، فتدبّر.

❑ مسألة: هل الاباق عيب

٢٨٠ ـ **قوله ﴿﴾: (وتدل عليه صحيحة أبي همام ...الخ)**[٢].

أقول: ففي آخرها (فقال له: ـ يعني للرضا عليه السلام محمد بن علي ـ فالاباق؟ قال عليه السلام: ليس الاباق من ذا، إلا أنْ يقيم البينة أنَّه كان أبق عنده)[٣].

٢٨١ ـ **قوله ﴿﴾: (قولان ...الخ)**[٤].

أقول: بل أقوال، إذ ذهب في المسالك إلى اعتبار المرتين، لكنه قال (إنَّ العادة تتحقق بهما)[٥] فعلى هذا يمكن أنْ لا يعد قولاً ثالثاً، والأقوى ما قواه المصنِّف ﴿﴾ من كفاية المرة لاطلاق الصحيحة، وصدق العرف، ثم إنَّه لو عرف منه التوبة على وجه حصل الاطمينان به خرج عن كونه عيباً كما هو واضح.

❑ مسألة: الثفل عيب

٢٨٢ ـ **قوله ﴿﴾: (وهذه الرواية بظاهرها منافٍ ...الخ)**[٦].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٨.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب احكام العيوب، ح ٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٧٨.
(٥) مسالك الافهام ٣: ٢٩٦.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ٣٨١.

أقول: الظاهر من الرواية كون الرب متميزاً عن السمن، وكان بمقدار معتدٍ به وحينئذٍ فلا يكون المورد من باب العيب، بل من باب تبعّض الصفقة، فالاشكال فيها أنّما هو من جهة عدم حكمهﷺ ببطلان البيع فيما قابل الرب، وتوجيهها بما يطابق القواعد في غاية الاشكال، غاية ما يمكن أنْ يقال إنَّ المراد له بكيل الرب سمناً، يعني من ثمن السمن الذي اعطاه للبائع، يعني يسترد من ثمن السمن بمقدار كيل الرب، فتدبّر.

٢٨٣ ـ **قولهﷺ:(وتوجيهها بما يطابق ...الخ)**[١].

أقول: وذلك بأنْ يقال بناءً على حملها على باب العيب أنَّ أخذ مقدار الرب من السمن إنّما يكون من باب الأرش، فتأمل.

٢٨٤ ـ **قولهﷺ:(وربمااستشكل في أصل ...الخ)**[٢].

أقول: لا وقع لهذا الاشكال؛ إذ المفروض في المقام كون الدردي على وجه يعد عيباً، ففرض كونه كثيراً لا دخل له بمسألتنا، وأيضاً فرض المقام ما إذا كان جاهلاً بالعيب، فصورة العلم خارجة من محل الكلام، ومن ذلك يظهر أنَّ ما ذكره المصنفﷺ تحقيقاً للحال وإنْ كان في غاية الجودة إلا أنّه ليس له كثير دخل في هذه المسألة، فتدبّر.

❑ مسألة: ثبوت الخيار إلى سنة في الجنون واخواته

٢٨٥ ـ **قولهﷺ:(هذا هوالمشهور ...الخ)**[٣].

أقول: الشهرة إنّما هي بالنسبة إلى غير القرن، بل الظاهر عدم الخلاف في الثلاثة، بل ربما ادعي الاجماع في الجنون، وأمّا في القرن فيشكل دعوى تحقق الشهرة كما سيجيء[٤] وسينقل عن مفتاح الكرامة أنّه لم يظفر بقائل فيه غير الشهيدين

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٨١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٨١.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٧.

وأبي علي.

٢٨٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ليس خامساً ...الخ)**[١].

أقول: كما يدل عليه قولهﷺ في أول الخبر من أربع خصال.

٢٨٧ ـ **قوله**ﷺ: **(واحتمل بعض ...الخ)**[٢].

أقول: هو الاردبيلىﷺ في حاشية الارشاد، قال (إنّي أظنه محمد بن علي الحلبي فصحيح)[٣]، يعني أنّ السند صحيح.

٢٨٨ ـ **قوله**ﷺ: **(وهذه الرواية لم يذكر ...الخ)**[٤].

أقول: الظاهر أنّ هذا سهو من قلم المصنّف؛ إذ الخبر مشتمل على الجذام في نسخة الوسائل؛ حيث إنّه بعد نقل صحيحة أبي همام المشتملة على الجذام، قال (ورواه الشيخ باسناده عن احمد بن محمد بن عيسى، عن أبي همام، قال: سمعت الرضاﷺ يقول وذكر نحوه، إلا أنّه قال و البرص والقرن، ورواه أيضاً باسناده عن محمد بن علي بن محبوب، عن محمد بن عبدالحميد، عن محمد بن علي، عن الرضاﷺ نحوه، إلى قوله على صاحبه)[٥]، وكذا يظهر من الشرائع اشتماله عليه، حيث قال (روى أبو همام عن الرضاﷺ ...إلى أنْ قال وفي معناه رواية محمد بن علي عنهﷺ أيضاً)[٦]، وكذا الموجود في شرح الارشاد للاردبيليﷺ مشتمل عليه[٧]، وكذا في الجواهر[٨].

مع أنّ الاردبيلي لم يستشكل في الجذام، وإنّما استشكل في القرن والبرص، قال: ـ بعد نقل رواية ابن اسباط ورواية محمد بن علي ـ (ولا يضر عدم صحة سند

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٤.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٤٩.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٤.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٢.
(٦) شرائع الاسلام ٢: ٢٩٤.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٤٨.
(٨) جواهر الكلام ٢٣: ٢٩٧.

الخبرين لجهل محمد في الأخيرة، على أنّي أظنه محمد بن علي الحبلي فصحيح، ووقف علي ابن أسباط أو غيره مما سبقها، ولكن اثبات القرن مشكل لعدم وقوعه في المقطوع بالصحة، وعدم ظهور القول به، وفي البرص أيضاً اشكال؛ لورود أنّ العهدة فيه ثلاثة أيام في رواية عبدالله بن سنان المتقدمة في خيار الحيوان عن أبي عبدالله عليه السلام (عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إنْ كان بها حبل أو برص أو نحو هذا، وعهدته السنة من الجنون فما بعد السنة فليس شيء)[١] والظاهر أنّها صحيحة؛ إذ ليس فيه من به شيء إلا الحسن بن علي الوشاء الظاهر توثيقه من كتاب الرجال ...إلى آخر ما قال)[٢].

هذا مع أنّ جميع أخبار المقام إلا ما شذ مشتملة على الجذام، فلا وجه للاستشكال فيه من هذه الجهة.

نعم، استشكل فيه في ذلك بالانعتاق على المشتري بمجرد حدوثه، فلا يبقى للرد مجال، وأجاب بما نقله المصنف.

ثم على فرض تسليم عدم اشتمال الرواية على الجذام يمكن منع كونها في مقام التحديد بحيث تدل على نفي الحكم من غير المذكورات، بل يمكن كون المذكورات من باب المثال كما في نظائر المقام.

ثم على فرض الدلالة فالتعارض من باب المطلق والمقيد ـ كما ذكره الحدائق[٣] ـ؛ لأنّ دلالتها على نفي الحكم عن الجذام من باب اطلاق المفهوم، فيقدم عليه الأخبار الناصة به.

٢٨٩ ـ قوله ﷺ: (لكفى وجود موادها ...الخ)[٤].

أقول: فيه ما لا يخفى، فانّ الظهور فيما بعد السنة لا يكشف عن وجود المواد حين العقد، وهو المناط، وإلا فوجودها قبل انقضاء السنة غير كافٍ كما هو واضح.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٧.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٤٦.
(٣) الحدائق الناضرة ١٩: ١٠١.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٥.

والحاصل: أنّ المناط وجود العيب حال العقد، ومقتضى كون هذه الأمراض سنة كون ظهورها كاشفاً عن حدوث مادتها قبله بسنة، فانْ كان ذلك قبل انقضاء السنة فيكشف عن وجودها حين العقد، وإنْ كان الظهور بعد انقضائها فلا.

٢٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(كان ظهورها زيادة ...الخ)**[1].

أقول: فيه أولاً: أنّه لا يعدُّ زيادة، بل ظهوراً لما كان كامناً.

وثانياً: نمنع كون مثل هذه الزيادة التي سببها كان موجوداً حين العقد مانعاً عن الرد.

٢٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(بل ينبغي ...الخ)**[2].

أقول: يمكن أنْ يقال: إنَّ الدليل الدال على كونه سبباً للانعتاق قاصر عن شمول المقام، فالمانعية قاصرة، لا أنّها مع تماميتها ليست كالمانعية العقلية.

٢٩٢ ـ **قوله**ﷺ:**(فيمكن العمل بها ...الخ)**[3].

أقول: يعني يمكن أنْ يقال لا يحصل الانعتاق في المقام تعبداً للأخبار المذكورة؛ فتكون مخصصة لما دلَّ على الانعتاق القهري، ويمكن أنْ يقال بأنَّ تقدّم سبب الخيار يقتضي تقدمه فيكون من باب التزاحم، كما أنّه على الأول من باب التعارض، هذا.

وذكر في الجواهر وجهين آخرين:

(أحدهما: أنْ يكون الرد من باب الانفساخ للانعتاق على البائع؛ لأنّه قد تلف بعيب مضمون عليه، فهو كما لو عمى في الثلاثة، قال: فالمراد بالرد في النصوص هنا الأعم منه ومن الرد بالخيار.

الثاني: أنْ يكون منعتقاً على البائع، ويكون للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن والامضاء والمطالبة بالارش، لكن يجب حينئذٍ عدم ملاحظة

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٦.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٦.

الحرية، فيقوّم عبداً صحيحاً وعبداً مجذوماً)[١] انتهى.

والحق من هذه الوجوه هو الأول؛ إذ الأخيران خلاف ظاهر الأخبار، والثاني فرع تقدّم سبب الخيار، وهو في محل المنع؛ إذ سببه ظهور الجذام، وهو السبب في الانعتاق، ووجود المادة ليس سبباً حتى يقال بتقدّمها، مع أنّ تقدّم السبب من حيث هو غير كافٍ في مقام التزاحم كما لا يخفى.

٢٩٣ ـ **قوله**ﷺ: **(موقوف على دلالة ...الخ)**[٢].

أقول: في خبر السكوني قال: رسول اللهﷺ (إذا عمى المملوك فلا رقّ عليه، والعبد إذا أجذم فلا رقّ عليه)[٣]، وظاهره أنّه لا يجتمع مع العبودية، فيتعين الوجه الأول، فاذا قلنا بعدم انعتاقه بمجرد حصول الجذام لمكان تعلّق حق المشتري، فاذا فسخ وارتفع المانع أثّر المقتضي أثره، فتدبّر.

٢٩٤ ـ **قوله**ﷺ: **(من عدم صحة الأخبار ...الخ)**[٤].

أقول: لا ينبغي الاشكال في لحوق الحكم له لاستفاضة الأخبار، مضافاً إلى أنّ بعضها يحتمل كونه صحيحاً كخبر محمد بن علي، وبعضها موثق كالرواية الثانية لابن فضال على ما في الجواهر[٥].

نعم، يبقى الكلام في الاشكال الذي ذكره الاردبيليﷺ في البرص من معارضة أخبار المقام لصحيحة عبدالله بن سنان المشار إليها في عبارته السابقة.

والجواب: أنّها لا تقبل المعارضة لهذه الأخبار، مع احتمال كون البرص تصحيف المرض كما في الجواهر[٦]؛ لتقاربهما في النقش، فظهر أنّ الحق شمول الحكم لجميع الأربعة.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٣٠٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٦.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٣ من ابواب كتاب العتق، ح ٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٧.
(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٢٩٨.
(٦) جواهر الكلام ٢٣: ٢٩٩.

٢٩٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وكلاهما مشكل ...الخ)**(١).

أقول: التحقيق أنّ التصرف غير مسقط لهذا الأخبار، خصوصاً إذا كان بغير المغير للعين أو المتلف لها، وخصوصاً إذا كـان قـبل ظـهور هـذه الأمـور، وإنْ قـلنا إنّ التصرف في سائر المقامات مسقط ولو كان قبل حـدوث الخـيار، وأمّـا إذا قـلنا باختصاص التصرف المسقط بها إذا كان في زمان ثبوت الخيار فعلاً فلا يـنبغي الاشكال في عدم مسقطية التصرف قبل الظهور، والوجه فيما ذكرنا اطلاق الأخبار المخصص لما دلّ على مسقطيته عموماً، ودعوى ابن ادريس الاجماع على عدم كونه مسقطاً في المقام أيضاً ممنوعة، سيما إذا كان مراده حتى فيما قبل الظهور، هذا.

ويحتمل أنْ يقال: إنّ محل كلام الفقهاء صورة التصرف بعد الظهور وثـبوت الخيار فعلاً، وحينئذٍ فيسهل دعوى عدم ظهور الاطلاقات، وانصرافها إلى صورة عدم التصرف أو تقييدها بما دلّ على المسقطية، وإنْ كان التحقيق خلافه، هذا.

مع أنّ شمول الأدلة العامة للمقام مشكل؛ إذ ما ورد فـي خـيار الحـيوان مـن قولهﷺ (إذا أحدث المشتري فيها اشترى حدثاً ...الخ)(٢) قد عرفت عدم استفادة العموم منه، وأمّا ما مرّ في خصوص خيار العيب من قولهﷺ (ان كان قائماً بعينه ردّه)(٣) ونحوه فهو مختص بالعيب الموجود حين العقد، فلا يشمل المقام، فتدبّر.

وأمّا الأرش فالانصاف أنّ اثباته مشكل؛ لعدم الاشارة إليه في شيء من أخبار المقام، ولا دليل عليه غيرها؛ إذ الأخبار السابقة خاصة بـالعيب المـوجود حـين العقد، وأمّا حديث الكمون والبروز الذي ادعاه المقنعة وغيرها فغير ثابت، بل هو مجرد دعوى واستنباط ظني، وعلى فرضه فلا يجدي؛ إذ لا يصدق العيب على المرض الكامن أو وجود المادة، ولذا لو فرضنا في غير الأربعة من العيوب الأخر وجود مادتها قبل العقد لا نقول بالخيار، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٣.

هذا إنْ قلنا إنَّ الأرش على خلاف القاعدة، وأمَّا إنْ قلنا إنَّه على القاعدة فهي إنَّما تتم في النقص الموجود حال العقد الذي هو مضمون على البائع، وأمَّا الحادث في ملك المشتري كما في المقام فلا تشمله القاعدة كما هو واضح.

والحاصل: أنَّ ثبوت الأرش في المقام موقوف على شمول الدليل أو الاجماع أو تمامية دعوى الكمون والبروز، وشيء منها لم يثبت، فالحق عدم ثبوته.

نعم يمكن أنْ يدّعى أنَّ المستفاد من أخبار المقام أنَّ العين في ضمان البائع إلى سنة، وحينئذٍ فيكون النقص الحاصل فيها في عهدته، فلو قلنا إنَّ الأرش في سائر المقامات على القاعدة من حيث ضمان النقص فيتم في المقام أيضاً، لكنه كما ترىٰ؛ إذ الاستفادة المذكورة محل منع.

○ خاتمة: في عيوب متفرقة

٢٩٦ ـ **قوله**ﷺ: (**في عيوب متفرقة** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنّ المرجع هو العرف المختلف باختلاف البلدان والأزمان والأحوال، وأنّ كل ما كان عيباً ونقصاً فلا بدّ وأنْ يكون موجباً للأرش من حيث هو، وإلا لم يكن نقصاً في المالية عرفاً، فعلى هذا إذا كان الكفر من العيوب ـ كما هو الظاهر ـ فلا بدّ وأنْ يثبت فيه الأرش أيضاً؛ إذ من المعلوم أنّه يتفاوت قيمة الكافر والمسلم لتفاوت جهات الانتفاعات، وإنْ منعنا صدق العيب عليه فلا يكون موجباً للرد أيضاً، إلا إذا رجع إلى الشرط الضمني، ومعه قد يكون فقد بعض الكمالات أيضاً كذلك.

وما ذكره المصنّف من أنّه ليس عيباً لعدم كونه زيادةً أو نقصاً في أصل الخلقة كما ترى؛ إذ قد عرفت أنّ الوصف لا يلزم أنْ يكون حقيقياً حسياً، بل قد يكون اعتبارياً، والمراد بالخلقة أعم من الاصلية والعارضية، هذا مع أنّا نتبع العرف في ذلك، ولا يهمنا اثبات كونه نقصاً أو زيادةً؛ إذ المدار النقص بمعنى المنقصة في الشيء بحيث يوجب نقص المالية من جهة نقص الانتفاعات.

٢٩٧ ـ **قوله**ﷺ: (**لأنّه لا يُعدُّ نقصاً بالنوع** ...الخ)[٢].

أقول: هذا واضح؛ إذ المناط نقصان الشيء في حد نفسه من حيث المالية مع قطع النظر عن شخص خاص، فالنقص بالنسبة إلى خصوص المشتري لا اعتبار به بالبداهة.

٢٩٨ ـ **قوله**ﷺ: (**أقول: الأقوى عدمه** ...الخ)[٣].

أقول: بل الأقوى أنّ ذلك يختلف باختلاف اشخاص الوكلاء والأولياء

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٨٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٠.

والأوصياء وسائر الجهات كما لا يخفىٰ.

٢٩٩ ـ **قوله ﷺ: (وكذا لو اشترى ما عليه** ...الخ)[1].

أقول: الأقوى أنّه عيب مطلقاً؛ لأنّ مجرد هذا منقصة في الشيء عرفاً، بل وكذلك لو لم يكن عليه أثر، إلا أنّه يحتمل فيه ذلك احتمالاً مستنداً إلى حكاية بعض الاشخاص، وإن لم يكن موثوقاً به ولا تقبل شهادته.

٣٠٠ ـ **قوله ﷺ: (فلا اشكال فيه** ...الخ)[2].

أقول: قد عرفت أنّ مطلق العيب الموضوع للرد موجب للارش أيضاً، فلا وجه للفرق، وفي ظهور المبيع مستأجرة أيضاً الأقوى ثبوت الأرش؛ لأنه عيب عرفاً منقص للمالية قطعاً.

٣٠١ ـ **قوله ﷺ: (أو مقامراً** ...الخ)[3].

أقول: الأقوى أنّ المقامرة عيب؛ لأنّها منقصة عرفاً، وأمّا البقية فيختلف بحسب الكيفيات والحالات، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٠.

❏ القول في الأرش

٣٠٢ ـ قوله ﴿قدس سره﴾: (بالاشتراك اللفظي ...الخ)[١].

أقول: الانصاف أنّ الاشتراك اللفظي بعيد غايته، بل يمكن القطع بعدمه.

٣٠٣ ـ قوله ﴿قدس سره﴾: (كأكثر النصوص ...الخ)[٢].

أقول: بل هو ظاهر جميعها، فانّها فرق ثلاث، فانّ بعضها مشتمل على رد قيمة العيب، كقوله عليه السلام في خبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله (ورد البائع عليه قيمة العيب)[٣]، وفي خبر محمد بن ميسر (ولكن يرجع بقيمة العيب)[٤]، وفي خبر منصور بن حازم (ولكن يرد عليه بقيمة أو بقدر ما نقصها العيب)[٥]، وفي خبر طلحة بن زيد (ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة والداء)[٦]، وفي خبر محمد بن مسلم (ولكن تقوم ما بين الصحة والعيب فيرد على المبتاع)[٧].

وفي بعضها مشتمل على أخذ أرش العيب، كقوله عليه السلام في خبر حماد بن عيسى (وله أرش العيب)[٨]، وفي رواية قرب الاسناد (ويأخذ أرش العيب)[٩].

وبعضها مشتمل على استرداد مقدار العيب من الثمن، كقوله عليه السلام خبر ابن سنان (ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إنْ كان فيها)[١٠]، وفي خبر زرارة (وكان يضع له من ثمنها بقدر عيبها)[١١].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٩١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٦.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٨.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٣.
(٦) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٢.
(٧) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٤.
(٨) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٧.
(٩) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٧، في ذيلها.
(١٠) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ١.
(١١) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٥.

وظاهر الجميع وجوب رد تمام قيمة العيب كما هو واضح، وحملها على الغالب لا بأس به إلا أنّه يحتاج إلى قرينة، وما ذكره المصنّف من كون لفظ الرد قرينة؛ إذ المردود شيء من الثمن الظاهر في نقصانه عنه كما ترىٰ؛ إذ هو أيضاً يمكن أنْ ينزل على الغالب فلا يكون دليلاً على اختصاص الحكم بذلك كما لا يخفىٰ، فلم يبقَ صارف عن ظهور الأخبار، ومجرد امكان كونها منزلة على الغالب لا يكفي في المطلب كما لا يخفىٰ، وسنبين ما عندنا فانتظر[1].

٣٠٤ ـ **قوله ﷺ: (فلا أُوثق** ...الخ)[2].

أقول: لا يخفىٰ ما فيها من التهافت؛ إذ مقتضى أول بيانه أنَّ الأرش على خلاف القاعدة ثبت بالنص والاجماع، ولازمه الأخذ بمقدار التعبّد، وعلى الوجه الثابت به، ومقتضى آخره كونه على القاعدة؛ حيث إنّه قال (إنَّ هذا الوصف كسائر الأوصاف وإنْ لم يقابله شيء من الثمن ...الخ).

ثم إنَّ لازم كونه تعبدياً من جهة النص الرجوع إليه في الكيفية، والمفروض أنّه دال على ضمان تمام قيمة العيب، فلا معدل عنه.

إلا أن يقال: إنّه خلاف الاجماع فيرجع إليه في أصل الضمان، وفي الكيفية نرجع إلى القواعد، وفيه ما لا يخفىٰ.

والذي يقتضيه النظر الدقيق والموافق للتحقيق الوثيق أنْ يقال: إنَّ الأرش على طبق القاعدة، وأنَّ مقتضاها هو ما ذكره المشهور من أخذ التفاوت بنسبة الثمن، وأنّه لا يتعين كونه منه، بمعنى أنّه لو أعطى من غيره كان نفس الأرش، وإنْ كان يتعين عند المشاحة النقد الغالب؛ وذلك لأنَّ وصف الصحة كسائر الاوصاف وإنْ لم يكن مقابلاً بالمال في عالم الانشاء، إلا أنّه مقابل به في عالم اللب، بمعنى أنَّ زيادة بعض الثمن إنّما هي بلحاظ الوصف المذكور، فتمام الثمن في عالم الانشاء جعل في مقابل نفس العين، وليس شيء منه في مقابل الوصف، ولذا لا يرتجع

---

(١) التعليقة اللاحقة.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٥.

بعض الثمن عند التخلف، بمعنى أنّه لا يكون من قبيل تبعّض الصفقة، ولو قوبل بما هو أنقص منه قدراً حصل الربا إلى غير ذلك.

لكن في عالم اللب بعض ذلك الثمن الذي جعل في مقابل نفس العين مقابل للوصف، فاذا فرض تخلّفه وجب على البائع أنْ يغرم ما فات من المشتري، وما اغترم في عالم اللب بملاحظة ذلك الوصف، فبالتخلّف لا يلزم الانفساخ؛ لأنّ الفرض كون تمام الثمن في مقابل العين المفروض وجودها، ولكن لما كان المشتري قد اغترم من جهة ذلك الوصف واعطى مالاً مقابل له في ذلك العالم له أنْ يرجع إلى البائع، وله أنْ لا يرجع؛ ولذا قلنا سابقاً إنَّ ذمة البائع لا تكون مشغولة بالارش من حين العقد، بل إنّما تشتغل بعد اختيار المشتري للارش.

فتبين أنَّ ضمان الأرش في المقام ليس على حد ضمان اليد، ولا على حد ضمان المعاوضة، بل إنّما هو ضمان آخر، وهو ضمان المعاوضة اللبية، ولازمه انفساخ تلك المعاوضة لا المعاوضة الحسية الانشائية، ومقتضاه جواز تغريمه بما اعطاه من غير مقابل في عالم اللب.

وظهر أنّه لا يلزم أنْ يكون من عين الثمن، وأنّه لو أخذ غيره أيضاً يكون عين الأرش، لا بدلاً له، وأمّا وجوب كونه من النقد الغالب عند التشاح فلما هو المقرر في سائر الضمانات، هذا.

ويمكن أنْ يقرر المطلب بوجه آخر، وهو أنَّ البائع التزم بالوصف للمشتري، وأخذ بملاحظة زائداً عما يستحقه على العين، فاذا تبين عدم وجود الوصف وجب عليه أنْ يخرج عن عهدته باعطاء عوضه، لا رجوع بعض الثمن؛ لأنَّ المفروض أنَّ تمامه في مقابل العين، وإنّما لا يجب اعطاء تمام القيمة، بل بنسبة الثمن لأنّه لم يلتزم بهذا الوصف إلا على أنْ يكون له هذا المقدار من المالية، فهو ملتزم بالوصف الذي قيمته كذا، لا به من حيث هو، ولذا لو كان الالتزام به في غير عقد المعاوضة كالهبة ونحوها لا يجب عليه شيء، ولا يثبت للمتهب أرش.

والحاصل: أنَّ وجه الضمان الالتزام، ووجه الاقتصار على مقدار النسبة دون

القيمة الواقعية هو اقدام الطرفين على كونه بهذه القيمة، فكأنّه لم يلتزم إلا بـهذا المقدار من العوض على فرض التخلّف، فعلى هذا نقول ظاهر الأخبار وإنْ كان هو ضمان تمام قيمة العيب، إلا أنّها محمولة على الغالب، فلا تشمل صورة زيادتها على الثمن أو مساواتها، فنرجع إلى القاعدة، ومقتضاها ما ذكرنا كما عرفت.

لكن يرد أنّ لازم ذلك أخذ تمام القيمة في الصور الغالبة، ومنها ما إذا كان الثمن ناقصاً أو زائداً على القيمة السوقية للعين بمقدار يسير، مع أنّا نقول بوجوب أخذ التفاوت بالنسبة في جميع الصور.

فالاولى أنْ يقال: إنّ الأخبار غير متعرّضة لبيان الكيفية، وإنّما هي بصدد بيان أصل الضمان، والتعبير المذكور فيها منزل على الغالب، ففي الكيفية نـرجـع إلى القاعدة كلية، فتدبّر.

هذا، ومما ذكرنا ظهر الجواب عما يمكن أنْ يـقال مـن أنّ مـقتضى القـاعدة الضمان بالقيمة الواقعية مع قطع النظر عن الأخبار أيضاً؛ وذلك لأنّ البائع قد التزم بوصف الصحة، فعليه أنْ يخرج عند التخلف عن عهدته على ما هو عـليه مـن القيمة؛ لأنّ المفروض عدم انفساخ المعاملة بالنسبة إليه، فهو نظير ما لو فـرضنا صحة المعاملة مع فرض تلف المبيع عند البائع، فانّه على هذا الفرض يجب عليه أنْ يخرج عن عهدته بقيمته.

تقرير الجواب:

أمّا على الوجه الأول من البيان: فهو أنّا نقول إنّ المعاملة قد انفسخت في عالم اللب بالنسبة إلى وصف الصحة لفرض عدمه حين العقد، وإنّما عـلى البـائع أنْ يغترم ما فات من المشتري من العوض المعطى في مـقابل العـين بـلحاظ ذلك الوصف، فلم يبقَ الالتزام على حـاله حـتى يـجب عـليه الخـروج عـن عـهدته، فللمشتري ليس إلا الأرش، ولا يكون مالكاً لوصف الصحة على البائع.

وأمّا على الوجه الثاني: فهو أنّ مقتضى الالتزام وإنْ كان وجوب الخروج عن عهدة الوصف، وأنّ المشتري مالك له على البائع، إلا أن اللازم الخروج عنه بمقدار

اقدامه على الالتزام به على فرض التخلّف، وليس إلا ما قابله في عالم اللب من العوض، وهو ما يقتضيه النسبة إلى الثمن من التفاوت، هذا.

وأمّا ما يقال في مقام الجواب عن الاشكال المذكور، أو في مقام الاستدلال على أصل المطلب من وجوب كون الأرش بنسبة التفاوت إلى الثمن من أنّه لولا ذلك ـ وقلنا بوجوب أخذ تمام قيمة العيب ـ يلزم الجمع بين العوض والمعوض فيما لو كان قيمته بمقدار الثمن أو أزيد وهو باطل.

ففيه: إنّما نمنع ذلك، إذ الذي يأخذه أرشاً، ليس عوضاً عن العين، بل هو عوض لوصف الصحة، فيلزم الجمع بين العوض ـ وهو العين ـ وعوض شيء آخر قد استحقه على البائع ـ وهو الوصف ـ وإنّما يلزم ما ذكر لو كان المأخوذ عوض العين.

والحاصل: أنّه لا يسترد الثمن بما هو ثمن ليلزم ما ذكر، وإنّما يأخذ عوضاً عما التزمه البائع على نفسه، وهو وصف الصحة، وهذا نظير ما ذكروا في باب الجناية على عبد الغير بما له مقدر يساوي أو يزيد على قيمته، من أنّه يأخذ ذلك المقدر مع بقاء العبد على ملكه، وعدم صيرورته للجاني، فانّ بعضهم استشكل على ذلك بلزوم الجمع بين العبد وقيمته، وأجيب بأنّ ما يأخذه ليس عوضاً عن العبد، بل عن الجناية الواردة عليه، وبعبارة أخرى عوضاً عن بعض أجزائه كيده أو رجله أو نحوهما، فتدبّر.

٣٠٥ ـ قوله﷿: (لأصالة عدم تسلّط ...الخ)[1].

أقول: إذا فرض احتمال الانفساخ بمقدار ما يقابل الوصف من الثمن ولو في عالم اللب، وإنّ قلنا إنّه على خلاف القاعدة من جهة الأخبار المذكورة، فمقتضى الأصل عدم وصول هذا المقدار من الثمن إلى البائع.

وأمّا إذا علمنا ـ ولو من جهة الأدلة ـ عدم الانفساخ، ولكن احتملنا تعين اعطائه من الثمن، فيكون من قبيل الدوران بين المتباينين إذا جعلنا المقام من باب شغل

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٦.

الذمة بالارش، فهو نظير ما لو تردد الشيء بين كونه مثلياً أو قيمياً، فكما أنَّ الأصل براءة ذمته من عين الثمن كذلك الاصل براءة ذمته من غيره، وإنْ قلنا بعدم اشتغال ذمته أصلاً، وإنَّما المتيقن أنَّ للمشتري تغريمه فيمكن أنْ يقال الأصل براءة ذمته من الثمن؛ إذ القدر المعلوم وجوب دفع عوض عن الوصف، ومقتضى الأصل كون الخيار بيد البائع؛ إذ الزيادة عليه تكليف زائد منفي بالاصل.

والأولى أنْ يتمسك في المطلب بالقاعدة لا بالاصل، وقد عرفت أنَّ مقتضاها عدم تعين كونه من الثمن؛ لأنَّه من باب تغريم البائع بما فات على المشتري من قبله، فيكون حاله حال سائر الضمانات، هذا مع قطع النظر عن الأخبار.

وأمَّا بملاحظتها فيقوى وجوب رد عين الثمن كما لا يخفىٰ، ولا صارف لها إلا دعوى كون التعبير فيها مبنياً على المسامحة، وهي كما ترىٰ، أو ما ذكره المصنِّف‏ﷺ من أنَّه بملاحظة أنَّ الغالب كون الثمن من النقدين، فيكون الرد باعتبار النوع لا الشخص، وهو أيضاً كما ترىٰ، فالأقوى تعينه مع مطالبة المشتري.

بل يمكن أنْ يقال: بمساعدة الاعتبار أيضاً له؛ إذ هو وإنْ كان من باب الغرامة إلا أنَّه إذا فرض بقاء عين ما اغترمه المشتري تعين دفعه في مقام التغريم، نظير ما يقال في باب القرض أنَّه لو طالب المقرض عين ماله وكان موجوداً وجب دفعه إليه في مقام الاداء، وإنْ كان ملكاً للمقترض؛ لأنَّه أقرب من المثل والقيمة إلى ذلك الشيء، فتأمل.

٣٠٦ـ **قوله‏ﷺ: (ويمكن رفع هذا الاشكال** ...الخ)(١).

أقول: الظاهر أنَّه رجوع عما ذكره أولاً من تعين كونه من النقدين؛ إذ مقتضى ذلك أنَّه لو دفع من غيره لا يكون نفس الأرش ولو مع التراضي، ومقتضى هذا البيان كونه نفسه على ما صرّح به.

٣٠٧ـ **قوله‏ﷺ: (هي الأموال المتعينة** ...الخ)(٢).

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٧.

أقول: التحقيق عدم الفرق بين المقامين؛ إذ غاية ما يمكن أنْ يقال إنّه إذا كانت مستقرة ثابتة لا بدَّ وأنْ تكون معينة الجنس، فلا بدَّ أنْ يكون من النقدين، بخلاف ما إذا لم يكن شيئاً ثابتاً، بل كان له حق لو أعمله جاز له مطالبة المال، فانّه لما لم تكن الذمة مشغولة جاز أنْ يكون له حق مالي عام.

وفيه: أنَّ الحق أيضاً لا بدَّ وأنْ يكون متعلقاً بمتعلق خاص، ودعوى أنّه يمكن أنْ يكون متعلقه كلي المال مدفوعة بأنّه مشترك الورود؛ إذ يمكن أنْ يكون الثابت في الذمة أيضاً كذلك، فتدبّر.

٣٠٨ ـ **قوله**ﷺ: **(وإلا بطل البيع ...الخ)**[١].

أقول: فيه منع؛ إذ يمكن أنْ يكون الثابت في الذمة بسبب البيع مقداراً من المال من باب الغرامة، ولا يلزم أنْ يكون من عين الثمن حتى يستلزم بطلان البيع فيما قابله، وهذا واضح.

٣٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(في غير هذا المقام ...الخ)**[٢].

أقول: الظاهر أنّه من غلط النسخة؛ إذ المناسب أنْ يقال كما أنَّ لذي الخيار مطالبة النقدين وإنْ لم يكن للآخر الامتناع، ويمكن أنْ يكون لفظة «غير» فقط زيادة وغلطاً.

٣١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(وإلا فلا بدَّ من أنْ يبقى ...الخ)**[٣].

أقول: فيه منع كما سيأتي آنفاً[٤].

٣١١ ـ **قوله**ﷺ: **(فلا دليل على ...الخ)**[٥].

أقول: بل يمكن أنْ يقال في التلف أيضاً أنّه كذلك، بمعنى أنَّ البيع صحيح،

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٨.
(٤) تعليقة ٣١٤.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٩٩.

ولكن يكون ضمان المبيع على البائع، لكن بمقدار الثمن، لا بقيمته الواقعية، لا أنَّه ينفسخ البيع، لكنهم لم يقولوا به، والغرض أنَّ ذلك متصور فيه أيضاً.

ثم إنَّ الثمرة تظهر في وجوب رد عين الثمن إذا كان موجوداً وعدمه، فعلى الانفساخ يرجع نفس الثمن، وعلى عدمه والحكم بأنَّه من باب الضمان يرجع مقداره لا عينه، وأيضاً فيما أشار إليه المصنِّف من كون المبيع الذي خرج عن المالية للمشتري أو للبائع.

٣١٢ ـ قوله ﷺ: (فيرجع بالثمن أو الأرش ...الخ)(١).

أقول: يعني لو فسخ يرجع بالثمن، ولو لم يفسخ يرجع بالارش.

٣١٣ ـ قوله ﷺ: (ويرجع بالثمن أو مع الاستيعاب ...الخ)(٢).

أقول: يعني لو فسخ يرجع بالثمن، وكذا لو لم يفسخ، لكن مع استيعاب أرش الجناية لتمام القيمة.

٣١٤ ـ قوله ﷺ: (وعلى الثاني فينبغي بطلان ...الخ)(٣).

أقول: يمكن أنْ يمنع ذلك؛ لأنَّ المفروض أنَّ العبد الجاني من حيث هو مال قابل للنقل والانتقال، غاية الأمر أنَّ ابقائه في ملك مالكه يحتاج إلى اعطاء مقدار قيمته، وهذا لا يخرجه عن المالية، وعن صحة تعلق البيع به؛ فكونه جانياً عيب فيه موجب للخيار، وإنْ كانت الجناية مستوعبة للقيمة فله أنْ لا يفسخ ويسترجع مقدار الثمن؛ لأنَّ التفاوت بين الصحيح والمعيب.

والحاصل: أنَّ العيب المستغرق للقيمة قد يكون مما يخرج المال عن كونه مالاً، كما إذا زالت الحموضة من الخل بحيث صار مثل الماء، فانَّه حينئذٍ يخرج عن المالية، فلو تبيّن كون الخل المبيع كذلك يكشف عن بطلان البيع من الأول، وقد يكون مما لا يخرجه عن المالية، غاية الأمر أنَّه يحتاج إلى صرف مقدار قيمته

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٢.

لازالة عيبه، كالعبد الجاني فيما نحن فيه، فانّه لا مانع من صحة بيعه، وحينئذٍ فللمشتري أنْ يمضي البيع ولا يأخذ الأرش أصلاً، وله أنْ يمضيه ويرجع إلى البائع بالارش، ولا يلزم أنْ يكون الراجع إليه عين الثمن، بل مقداره.

وبالجملة: الوجه في البطلان هو عدم كون المبيع مالاً، وهو غير متحقق في المقام، والمفروض أنّ الأرش غرامة لا نفس الثمن، فلا مانع من الصحة، ويؤيده أو يدل عليه أنّه يجوز للمشتري العالم بالحال أنْ يشتري العبد الكذائي مع أنّه حينئذٍ لا يرجع على البائع بالارش.

ولا يقال إنّ البيع باطل لمكان وجوب صرف مقدار قيمته في ابقائه، ولعل نظر العلامة إلى ما ذكرنا، بل هو الظاهر، إلا أنّه لا وجه للفرق بين الصورة الأولى ـ وهي ما لو كانت الجناية خطأ ـ والثانية ـ وهي صورة العمل الموجب للقصاص ـ ويمكن أنْ يقال إنّه لا يظهر من كلامه أيضاً الفرق بينهما، فتدبّر.

٣١٥ ـ قوله ﴿ﷺ﴾: (مع بعده في نفسه ...الخ)[1].

أقول: فيه منع.

٣١٦ ـ قوله ﴿ﷺ﴾: (وقد عرفت من التذكرة ...الخ)[2].

أقول: قد أشرنا إلى أنّه يمكن أنْ يقال بعدم فرقه بين الصورتين، فحكمه برجوع القسط مقصور على صورة عدم استيعاب الأرش للقيمة، وإلا فلو فرض الاستيعاب يقول برجوع مقدار تمام الثمن كما في الصورة الأولى ، فتدبّر وراجع كلماته في كتبه وكلمات الشراح.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٢.

❑ طريق معرفة الأرش

٣١٧ـ **قولهﷺ: (وهذا يحتاج إلى الصفات** ...الخ)[١].

أقول: يعني بها العدالة والاخبار عن الحس والتعدد، ولكنه مشكل إذ المفروض أنَّ إخباره عن الحدس والنظر، والتعدد أيضاً محل الاشكال كما سيشير إليه.

٣١٨ـ **قولهﷺ: (وإنْ احتمل في غير الأول** ...الخ)[٢].

أقول: بل يمكن في الأول أيضاً كفاية الواحد لمنع كونه في باب الشهادة؛ إذ التحقيق أنْ لا فرق بين الخبر والشهادة إلا باعتبار التعدد وعدمه، فكل مورد يعتبر فيه التعدد فهو من باب الشهادة، لا أنَّ يكون الفرق بينهما بكونه إخباراً في موضوع شخصي عن حس وغيره كما يظهر من المصنِّفﷺ، بمعنى أنَّ كل ما كان من هذا القبيل يعتبر فيه التعدد؛ لأنَّه شهادة.

والحاصل: أنَّه يظهر الفرق بين الخبر والشهادة من حيث هما وأنَّ بعض الموارد من قبيل هذا، وبعضها من قبيل ذاك، ويكون اشتراط التعدد بعد معلومية كونه داخلاً في موضوع الشهادة.

والتحقيق خلاف ذلك، وأنَّ كل مورد يعتبر فيه التعدد فهو شهادة، وإلا فلا فرق بينهما بحسب المورد وكيفية الاخبار وغير ذلك، وتمام الكلام في مقام آخر.

والحق أنَّ مقتضى الاصل كفاية الواحد في كل مقام، خرج ما خرج؛ وذلك لعموم ما دلَّ على حجية خبر العادل حتى في الموضوعات، فتدبّر.

٣١٩ـ **قولهﷺ: (تضييع حق** ...الخ)[٣].

أقول: لا يخفىٰ ما فيه؛ إذ لازمه حجية مطلق الظن ولو لم يكن من قول العادل، وأيضاً لا يقولون بمثله فيما إذا شك في أصل العيب ونحوه، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٤.

فالأولى هو الوجه الثالث حسبما أشرنا إليه[١].

٣٢٠ ـ قوله ﷺ:(وجهان ...الخ)[٢].

أقول: أقواهما الثاني بناء على كون الأرش من باب الغرامة، لا الانفساخ بمقدار ما يقابل وصف الصحة، وإلا فالأوجه هو الوجه الثالث؛ لأصالة عدم انتقال أزيد مما هو معلوم، فتدبّر.

ولا فرق ـ بناءً على كونه من باب الغرامة ـ بين ما لو قلنا باشتغال الذمة من حين البيع أو من حين اختيار الأرش كما هو واضح؛ إذ على التقديرين يكون الشك في الأقل والأكثر، ومقتضى الأصل الاقتصار على الأول.

ثم إنَّه على فرض اختلاف قيمة نوع المبيع ولو في زمان في واحد ومكان واحد كما قد يتفق نادراً حسبما ذكره في الجواهر[٣] أيضاً فالظاهر أنَّ المدار على أقلها، وكذا بالنسبة إلى المقدار الذي يتسامح فيه، وهذا ليس بنادر أيضاً.

بقي شيء: وهو أنَّ المدار على قيمة المبيع حين البيع؛ لأنَّه الوقت الذي يلاحظ فيه الصحة والعيب، ويحتمل كون المدار على قيمة يوم القبض؛ لأنَّه وقت دخول المبيع في ضمان المشتري، ووقت استقرار ملكه، وهو ضعيف، بل لا وجه له، كما لا وجه لما احتمل أيضاً من كون المدار على أقل الأمرين من يوم العقد إلى يوم القبض ؛ لأنَّه لو كان الأقل يوم العقد فالزيادة حصلت في ملك المشتري، وإنْ كان يوم القبض فالنقص من ضمان البائع؛ لأنَّه وقت الاستقرار.

وكذا لا وجه لما جعله في الجواهر[٤] أولى من الاحتمالين المذكورين، وهو كون المدار على القيمة حال استحقاق الأرش باختياره أو بحصول المانع من الرد، لأنَّ ذلك الوقت هو وقت استحقاق الأرش؛ إذ قبله كان البائع مخيراً بين الرد والأرش، فهو غير مستحق على التعيين؛ إذ لا دخل لزمان الاستحقاق في ذلك؛ لأنَّ

---

(١) التعليقة السابقة.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٤.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٢٩٠.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٨.

المدار على مقدار نقصان المبيع بسبب عيبه حين المقابلة بالثمن، فلا بدَّ من تدارك ذلك النقص، ولا يتفاوت الازمان في ذلك.

والحاصل: أنَّ المناط زمان يكون العيب فيه مضموناً، لا على زمان الضمان، والمناط هو التفاوت بين الصحيح والمعيب، لا القيمة السوقية، فكون المبيع مضموناً قبل القبض لا دخل له في ذلك؛ إذ المفروض أنَّ التفاوت من حيث القيمة السوقية، لا من زيادة العيب أو نقصانه، هذا كله في العيب الموجود حين العقد.

وأمَّا العيب الحادث في زمان الخيار أو قبل القبض فالمدار فيهما على القيمة حال حدوث العيب؛ لما ذكرنا من أنَّ المناط هو الزمان الذي يكون العيب فيه مضموناً وإنْ كان زمان الضمان الفعلي متأخراً عنه، فتدبّر.

❑ مسألة لو تعارض المقومون

٣٢١ ـ قوله ﷺ: (فيحتمل تقديم بينة الأقل ...الخ)[1].

أقول: ويحتمل التساقط والرجوع إلى الأصل، إمَّا لكونه مقتضى القاعدة عند تعارض الدليلين أو الامارتين، وإمَّا لقصور دليل حجية البينة عن شمول صورة التعارض.

ويحتمل ابتناء المسألة على الاقوال في تقديم بينة الداخل أو الخارج، فانَّ بينة الأكثر خارج؛ لأنَّ قوله مخالف للاصل، لكن هذا إنَّما يتم فيما لو كان أحدهما يدعي الاقل ويقيم البينة، والآخر الأكثر ويقيم البينة على ما ادعاه.

ويحتمل الرجوع إلى المرجحات من الأعدلية والأكثرية ونحوهما أولاً، ومع فقدها فأحد الاحتمالات الآخر.

٣٢٢ ـ قوله ﷺ: (لجهل كل منهما بالواقع ...الخ)[2].

أقول: هذا في بعض الصور، وإلا فقد يكون كل منهما مدعياً للعلم بالحال، ولعل المصنِّف ﷺ فرض الكلام في اختلاف المقومين من جهة اختلاف نظرهم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٥.

وحدسهم في تعيين القيمة، وهي القسم الثاني من الاقسام المتقدمة، وإلا فالقسم الأول منها يمكن فيه ما ذكرنا، بل في القسم الثاني أيضاً يمكن، كما إذا كان كل من المتداعين من أهل الخبرة، فيكون مدعياً كون القيمة هي ما ذكره بينته فلا تغفل.

٣٢٣ ـ قوله ﷺ: (من وجوب الجمع ...الخ)[١].

أقول: قد ذكرنا شطراً من الكلام على هذا في قاعدة الجمع في رسالتنا في التعادل والترجيح، فراجع.

٣٢٤ ـ قوله ﷺ: (تارة بعدم التعارض ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفى أنّ هذا هو الاحتمال الثاني من الاحتمالات التي ذكرها في أول العنوان، كما أنّ ما بعد هذا هو الاحتمال الأول منها، والثالثة هو الرابع منها.

٣٢٥ ـ قوله ﷺ: (لو تساقط الدليلان ...الخ)[٣].

أقول: قد عرفت أنّه يمكن القول بالتساقط في المقام أيضاً، من جهة قصور شمول دليل الاعتبار لصورة التعارض، فتدبّر.

٣٢٦ ـ قوله ﷺ: (لأنّ المأمور به ...الخ)[٤].

أقول: يعني أنّ القرعة إنّما هي لتشخيص نفس الواقع المردد، وهي فرع كون الواقع منحصراً في الاحتمالين، والمفروض أنّه يحتمل كونه خارجاً عنهما، فلا موقع للقرعة، وأيضاً الجمع لما كان عملاً بالدليلين فهو مقدّم على ما هو عمل بالواقع؛ لأنّ الرجوع إلى ما هو قاعدة ظاهرية في تشخيص الحكم الفرعي متأخر عن الرجوع إلى ما هو قاعدة في تشخيص الدليل، وكان الأولى أنْ يفرّق بين الوجهين حسبما ذكرنا، إلا أن يجمع بينهما بجعل الأول دليلاً للثاني حسبما يظهر من بيان المصنّف ﷺ؛ حيث إنّه قال (إذ قد تكون ...الخ).

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٧.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٨.

ثم إنَّه يرد عليه أنَّه قد يعلم انحصار الواقع فيهما وعدم خروجه عنهما فلا يجري العلة، وأيضاً لا نسلّم أنَّ القرعة لتشخيص الواقع، بل يمكن أنْ يقرع بين البينتين لتعيين أحداهما، فيكون رجوعاً إلى ما يشخص الدليل، فلا يجري ما ذكره من الحكومة.

هذا مع أنَّه يمكن أنْ يقال بتقديم القرعة وحكومتها بناءً على ما ذكرنا من اعمالها في تشخيص المرجع من البينتين، بدعوى أنَّه من الأمر المشكل فيشمله عموماتها، وأمَّا الجمع فليس تشخيصاً للدليل، بل هو قاعدة ظاهرية في مقام العلم.

هذا مضافاً إلى امكان التمسك بجملة من الأخبار الخاصة الواردة في تعارض البينات الآمرة بالرجوع إلى القرعة الشاملة باطلاقها للمقام، ففي صحيح داود (عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهدين شهدا على أمر، وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا واختلفوا. قال عليه السلام: يقرع بينهم، فأيهم قرع فعليه اليمين، وهو أولى بالقضاء)[1].

ونحوه الصحيح الآخر عنه عليه السلام أيضاً غير أنَّه قال: (أولى بالحق)[2].

وفي خبر البصري عنه عليه السلام أيضاً قال: (كان علي عليه السلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء، وعددهم سواء أقرع بينهم على أيهم يصير اليمين ...الحديث)[3].

ويمكن أنْ يتمسك بسائر ما ورد فيها مما اختص بمورد خاص، كدعوى الدابة أو الزوجة أو نحوهما، بدعوى أنَّه من باب المثال، وانفهام الكلية منها، فتدبّر، وراجع.

لا يقال: إنَّ هذه الأخبار مختصة بما إذا أمكن اليمين بعد تعيين المرجع من البينتين، فلا يمكن الاستدلال بها للمقام لعدم العلم بالحال، وعدم امكان الحلف

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ٦.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ١١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ كيفية الحكم واحكام الدعوى، ح ٥.

على ما ذكره المصنّف ﷺ.

لانا نقول أولاً: يمكن فرض صورة يمكن الحلف، بأنْ يكون كل من المتداعيين مدعياً للعلم بما يقول، وإذا ثبت الحكم في هذه الصورة فيتم بعدم القول بالفصل.

وثانياً: نمنع فهم الاختصاص من الأخبار، بل الأمر باليمين فيها مخصوص بصورة الامكان، وإلا فأصل الحكم مطلق، فتأمل.

٣٢٧ ـ **قوله ﷺ: (فيؤخذ من القيمتين** ...الخ)[1].

أقول: لو أخذ مجموع القيمتين من الطرفين مع الاختلاف فيهما أو ضعف الطرف المتفق عليه بعد أخذ مجموع القيمتين من الطرف المختلف فيه مع الاختلاف في أحدهما ولوحظ النسبة كفى؛ إذ نسبه الكل إلى الكل كنسبة النصف إلى النصف، فلا حاجة إلى التنصيف كما هو واضح.

وكذا إذا كانت القيم أكثر من اثنين، فانّه لا يلزم أخذ الثلث أو الربع، بل لو جمع الكل ونسب الكل إلى الكل على ما ذكر كان كذلك كما لا يخفى.

٣٢٨ ـ **قوله ﷺ: (ويحتمل الجمع** ...الخ)[2].

أقول: ويمكن أنْ يقرر بوجه أخصر وأسهل تحصيلاً وتطبيقاً على الدليل يوافق مذهب الشهيد دائماً، وهو أنْ يؤخذ النسبة ببن كل صحيح ومعيبه، يعمل بكل في نصف الثمن إذا كانتا اثنتين، وفي ثلثه إذا كانت ثلاثة، وفي ربعه إذا كانت أربعة وهكذا.

٣٢٩ ـ **قوله ﷺ: (والمفروض في هذه الصورة** ...الخ)[3].

أقول: لا يخفى أنّ ما ذكره المصنّف من الضابط وإنْ كان حقاً، إلا أنّ ما ذكره من البيان قاصر عن إفادة الفرق بين الصورتين، أعني صورة الاختلاف في الصحيح فقط، وصورة الاختلاف في المعيب فقط؛ حيث إنّ في الأولى يتفاوت الطريقان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٠٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤١٠.

دائماً، وفي الثانية لا يتفاوتان؛ إذ ما ذكره وجهاً للتفاوت في الأولى جارٍ في الثانية أيضاً؛ إذ من المعلوم أنَّ نسبة الكل إلى الكل فيها أيضاً إنَّما تقتضي كون نسبة النصف المتساوي من إحداهما إلى نصف الآخر كذلك، يعني بتلك النسبة، لا إلى النصف الغير المتساوي كما هو المفروض على طريقة الشهيد، فاللازم بيان السر في الفرق بين الصورتين مع توافقهما فيما ذكر، غاية الأمر أنَّ في الصورة الأولى يكون نصفي الصحيح غير متساويين، وفي الثانية نصفي المعيب، وبعبارة أخرى في الأولى الكل الانتزاعي هو الصحيح، وفي الثانية هو المعيب.

ولما كان محصل الفرق بين الطريقين أنَّ في طريق المشهور جمع القيمتين وتنصيفهما، ثم النسبة، فالنسبة واحدة، وفي طريق الشهيد جمع النسبتين وتنصيفهما فالنسبة متعددة، ولا بدَّ في عدم التفاوت من كون نصف الكسرين على طريق الشهيد بقدر الكسر الواحد على طريق المشهور، فنقول: إنَّ السر في عدم الفرق أنَّ الكسر في الصورة الأولى ملحوظ بالنسبة إلى عددين، وفي الثانية بالنسبة إلى عدد واحد، ومن المعلوم أنَّ الكسرين الملحوظين بالنسبة إلى عددين لا يكونان بقدر الكسر الملحوظ بالنسبة إلى عدد آخر، وهذا بخلاف ما إذا لوحظا بالنسبة إلى عدد واحد.

بيان ذلك: أنَّ في الصورة الأولى بناءً على طريقة الشهيد يلاحظ نصف المعيب بالنسبة إلى نصف أحدى قيمتي الصحيح، ونصفه الآخر بالنسبة إلى نصف القيمة الأخرىٰ منه، فلا يمكن أنْ يكون مجموع الكسرين بقدر الكسر المأخوذ من نصف المجموع كما على طريق المشهور، مثلاً إذا نسب نصف الستة التي هي قيمة المعيب وهو الثلاثة إلىٰ الاربعة التي هي نصف أحدى قيمتي الصحيح فالتفاوت بالربع، وإذا نسب إلىٰ نصف العشرة وهي الخمسة فالتفاوت بخمسين، والربع إنَّما هو ملحوظ بالنسبة إلىٰ أربعة، والخمسان ملحوظان بالنسبة إلىٰ أربعة، والخمسان ملحوظان بالنسبة إلىٰ خمسة، فكل واحد من الكسرين لعدد خاص، ومعلوم أنَّ مجموع نصفهما لا يلزم أنْ يكون بقدر النسبة بين نصف المعيب

والنصف المتساوي من القيمتين، وهو أربعة ونصف التي هي نصف تسعة، وهي نصف مجموع القيمتين.

والحاصل: أنَّ الكسر الملحوظ من نسبة ثلاثة إلىٰ أربعة، ومن نسبتها إلىٰ خمسة غير الكسر الملحوظ من نسبته إلىٰ أربعة ونصف، بمعنى أنّه لا يمكن أنْ يكون نصف مجموع الاولين بقدر الثالث.

وأمّا في الصورة الثانية فالكسران بناء على طريقة الشهيد مأخوذان وملحوظان بالنسبة إلىٰ عدد واحد، وهو الاكثر الذي هو قيمة الصحيح، فنصف مجموعهما يوافق نسبة النصف إلىٰ النصف، كما في طريقة المشهور، فلاحظ المثال الذي ذكره المصنّف﵀.

وبالجملة: كل عددين أحدهما أقل، والآخر أكثر إذا فرض نسبتهما إلىٰ عدد آخر أكثر كالاثنين والأربعة إذا نسبا إلىٰ الستة فنسبة نصف مجموعهما إلىٰ الآخر مثل النسبة بين نصف كل منهما مع نصف ذلك الأخر في مقدار التفاوت، ولا كذلك لو كان الأمر بالعكس، بأنْ يكون عدد أقل ونسب إلىٰ عددين أحدهما أقل، والآخر أكثر، والسر هو ما ذكرنا من كون المأخوذ منه الكسر واحداً في الأول، ومتعدداً في الثاني ؛ ولذا لو فرض ملاحظة الكسر بالنسبة إلىٰ العدد الأقل، ولوحظ من حيث الزيادة لا من حيث النقيصة كان الأمر بالعكس، مثلاً إذا قيل نسبة الأربعة إلىٰ الستة بالنصف من أربعة، بمعنى أنّه إذا زيد عليها نصفها صارت ستة، وهكذا في سائر الفروض انعكس الأمر، بمعنى أنَّ جمع النسبتين وتنصيفهما يوافق جمع العددين وتنصيفهما.

ثم النسبة في الفرض الثاني دون الأول؛ لأنَّ المنسوب إليه أعني ما لوحظ الكسر بالنسبة إليه واحد فيه دون الأول، فلو كان الواجب في مسألة العيب الزيادة على المبيع إلىٰ أنْ يصل إلىٰ حد الثمن دون تنقيص الثمن ـ كما هو كذلك فعلاً ـ كان الطريقان غير متفاوتين في صورة الاختلاف في المعيب فقط دائماً، ومتفاوتين في صورة الاختلاف في الصحيح فقط، كذلك عكس ما هو المقرر

فعلاً.

ثم مما ذكرنا ظهر وجه الفرق بين الطريق الذي ذكرنا وقلنا أنّه أسهل، وبين طريقة المشهور فانّه كالفرق بين مذهب الشهيد والمشهور، بل هو راجع إلىٰ ما ذكره الشهيد، وإنّما الاختلاف في الكيفية كما عرفت، وسر الفرق أيضاً ما ذكر من اتحاد المنسوب إليه وتعدده حسبما عرفت.

٣٣٠ ـ قوله ﷺ: (فانْ اتحدت النسبة ...الخ)[١].

أقول: سر عدم التفاوت على هذا الفرض غير خفي، فلا تغفل.

٣٣١ ـ قوله ﷺ: (فقد يختلف الطريقان ...الخ)[٢].

أقول: الظاهر عدم الاتحاد، بل هما متفاوتان دائماً؛ لأنّ الملاك في التفاوت ـ وهو تعدد ما ينسب إليه الكسر ـ موجود هاهنا أيضاً.

وأمّا قوله ﷺ (وقد تقدم مثالهما) فالظاهر أنّه سهو من القلم؛ إذ ما تقدم من مثال الاتحاد إنّما كان في صورة اتحاد النسبة فلاحظ، فلم يتقدم مثال لصورة الاختلاف في النسبة، مع عدم تفاوت الطريقين فيه، فتدبّر.

٣٣٢ ـ قوله ﷺ: (ثم إنّ الأظهر بل المتعين ...الخ)[٣].

أقول: هو كذلك، ولقد أجاد ﷺ في ما أفاد إلّا أنّ الأسهل والأخصر في البيان أنْ يقال: إنّ اللازم العمل بكل من البينتين في نصف الثمن، وهو إنّما يتأتى على طريقة الشهيد كما هو واضح؛ ولذا قلنا إنّ الأولى في كيفية العمل بهما أخذ النسبة على كل منهما، والعمل بكل في نصف الثمن إذا كانتا اثنتين، وفي الثلث إذا كانت ثلاثة وهكذا، فلا تغفل.

٣٣٣ ـ قوله ﷺ: (نعم لو لم يكن بينة ...الخ)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤١١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤١٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤١٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٤١٢.

أقول: التعبير بلفظة «نعم» ليس بجيد؛ لأنّ المفروض أنّه‌ﷺ لا يفرق بين هـذه الصورة وصورة وجود البينة في كيفية الجمع، فكان المناسب أنْ يقول (وكذا إذا لم تكن...الخ)، إلا أنْ يكون غرضه‌ﷺ أنّ في هذه الصورة يتعين الجمع بهذا الوجه، ولا يجيء احتمال الجمع على ما ذكره المشهور، فتدبّر.

الشُّرُوطُ

الشروط

❑ تعريف الشرط

٣٣٤ ـ قوله ﷺ: (القول في الشروط ...الخ)[1].

أقول: كان المناسب أنْ يذكر من أقسام الخيار خيار تخلّف الشرط، ثم يتعرّض لتحقيق أحكام الشروط استطراداً، لكن المصنّف ﷺ إنّما كتب هذه المسألة مستقلة كما يظهر من بعض إشاراته ثم ألحقها بالكتاب.

٣٣٥ ـ قوله ﷺ: (أحدهما المعنى الحدثي ...الخ)[2].

أقول: هو من بابي قَتَلَ وضَرَبَ، بمعنى الالزام والالتزام على ما في القاموس، أو العهد على ما في الصحاح، يقال شرط فهو شارط، وذاك مشروط، وفلان مشروط عليه أو له، ويتعدى بهذا المعنى باللام وعلى، ويقال اشترط عليه بمعناه، ومنه شارطه على كذا، وفي المعنى أحدهما شارط والآخر مشروط عليه، ويمكن أنْ يجعل منه قولهم «تشرّط في عمله» أي تأنق، يعنى أتى بالعمل متقناً، فانَّ الاتيان به متقناً إنّما يكون بالالتزام به، فيكون حينئذٍ معنى تشرّط أخذ بالشرط في عمله، أي التزم بالعمل، فتدبّر، وجمعه شروط، وبمعناه الشريطة وجمعه شرائط، والشرطة ما اشترط على غيره أو نفسه، يقال «خذ شرطتك» أي ما اشترطت، هذا.

والتحقيق: أنَّ الشرط في اللغة والعرف ليس إلا للمعنى المذكور، وأنَّ ما ذكره المصنّف من المعنى الثاني الذى جعله جامداً بذلك المعنى راجع إلىٰ هذا المعنى

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١.

كما سيشير إليه، والأولى التعبير عن هذا المعنى بالجعل والتقرير، وإليه يرجع تفسير الصحاح له بالعهد، بل يمكن أنْ يقال إنَّ المراد من الالزام والالتزام في القاموس أيضاً مطلق الاثبات، فيرجع إلىٰ ما ذكرنا.

ويدل على ما ذكرنا التبادر، فانَّ المتبادر منه مطلق الجعل والتقرير، وأيضاً قد يشترط ما لا يكون إلزاماً من أول الأمر، وإنْ استتبعه كما في اشتراط الخيار ونحوه من الاحكام الوضعية، فانَّ المجعول أولاً ليس إلزاماً والتزاماً، وكما في شروط الله ـ أي أحكامه ـ فانَّ الغالب فيها الوضعيات، والظاهر أنَّه ليس مطلق الجعل، بل هو جعل خاص، وهو ما يكون مستتبعاً للالتزام، وبعبارة أخرىٰ موجباً للضيق على المشروط عليه، فمثل الوعد ليس بشرط؛ لأنَّه ليس واجب الوفاء بحسب أصل الجعل، وإنْ قلنا بوجوب الوفاء به شرعاً أو عرفاً على وجه يكون حكماً عرفياً، لا بحيث يكون راجعاً إلىٰ كونه داخلاً في حقيقته، والحاصل أنَّ الشرط عبارة عن جعل إلزامي ـ أي مستتبع له ـ فتدبّر.

نعم قد يكون لفظ الشرط مصدراً من البابين، بمعنى نزع الحجام أي شقه، ومنه قولهم الشرط والشرّاط لآلة الحجامة، وإمّا ما بمعنى العلامة فهو الشرط بالتحريك، وجمعه أشراط، ومنه اشراط الساعة، أي علاماتها، ومنه أيضاً قولهم شرطة الخميس لطائفة من الجيش تقدم أمام الجند لأنَّهم أعلموا أنفسهم بعلامات يعرفون بها، ويمكن أنْ يجعل من المعنى الأول؛ لأنَّهم ألزموا على أنفسهم الموت أو الفتح.

ثم لا يخفىٰ أنَّ المراد بالمشروط له في المعنى الأول من يكون أمر الشرط بيده، بحيث يكون له اسقاطه والأخذ به، لا من يكون النفع له؛ إذ قد يكون النفع عائداً إلىٰ الغير، كما إذا اشترط اعطاء درهم للفقير، فانَّ المشروط له هو من إلزم الطرف الآخر بالاعطاء، لا الفقر[1]، فله اسقاطه وإنْ لم يرضَ به الفقير، وهو واضح.

---

(١) هكذا في الاصل.

٣٣٦ـ **قوله**ﷺ: **(لكن لا إشكال** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنّ المعنى هو الجعل والتقرير والاثبات، وهو وإنْ كان يمكن أنْ يكون جعلاً خاصاً، وهو ما كان في ضمن العقد، إلّا أنّ التحقيق حسبما ذكره المصنّفﷺ كونه أعم، فهو حقيقة في الشرط الابتدائي أيضاً، ومن هنا يستدل على صحة العقود ولزومها بقولهﷺ (المؤمنون عند شروطهم)[٢].

٣٣٧ـ **قوله**ﷺ: **(في بعض أخبار** ...الخ)[٣].

أقول: الظاهر أنّ مراده خبر ابن سنان عن أبي عبداللهﷺ (في رجل قال لامرأته إنْ نكحت عليك أو تسريت فهي طالق؟ قالﷺ: ليس ذلك بشيء، إنّ رسول اللهﷺ قال: إنّ من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه)[٤].

فانّ الظاهر أنّ قوله (إنْ نكحت ...الخ) إنّما هو ابتداء لا في ضمن عقد، فهو إمّا نذر أو عهد أو وعد، ومع ذلك أطلق الامامﷺ عليه لفظ الشرط، هذا.

ولكن قول المصنّف بعد ذلك (يدفعها استدلال الامامﷺ بالنبويﷺ (المومنون عند شروطهم) فيما تقدم من الخبر الذي ...الخ) يدل على أنّ الخبر المشار إليه غير ما نقلناه، فتدبّر.

٣٣٨ـ **قوله**ﷺ: **(فلا حجة في ما في القاموس** ...الخ)[٥].

أقول: مع أنّه يمكن أنْ يكون نظره إلى بيان بعض الافراد كما هو المتداول في كلام اللغويين، فتدبّر.

٣٣٩ـ **قوله**ﷺ: **(وهو بهذا المعنى** ...الخ)[٦].

أقول: التحقيق أنّ هذا المعنى أيضاً من أفراد المعنى الأول على الوجه الذي

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب المهور، ح ٢.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٢.
(٦) كتاب المكاسب ٦: ١٣.

ذكرنا، فهو مصدر بمعنى التقييد، واطلاقه على نفس القيد، وهو الذي يلزم من عدمه العدم إنّما هو من باب اطلاق الخلق وإرادة المخلوق كما في المعنى الأول إذا أريد منه المشروط والتقييد نوع من الجعل والتقرير، إلا أنّه قد يكون الحاكم به هو العقل، وقد يكون الشرع أو العرف فيكون الشرط عقلياً وشرعياً وعرفياً.

والحاصل: أنّ الشرط حقيقة في مطلق الجعل، وهو نوعان، فقد يكون من باب الالزام والالتزام، وقد يكون من باب التقييد، وباعتبار الأول يتعدى باللام وعلى، وباعتبار الثاني بفي، يقال يشترط كذا في كذا، أو الشيء الفلاني شرط في كذا، نظير لفظ الوجوب حيث إنّه يقال يجب كذا على زيد، يعني يلزم، ويقال يجب الوضوء في الصلاة يعني يشترط فيها، والحاصل أنّ كونه اسماً جامداً ممنوع، وإنّما هو مصدر بمعنى المفعول.

وأمّا ما ذكره من حكاية عدم التضايف في الفعل والانفعال بينه وبين المشروط ففيه أنّ المشروط بمعنى المشروط فيه، وإلا فهو بمعنى نفس المشروط مضايف للشارط؛ إذ هو الجاعل للشروط، والمشروط المجعول شرطاً، وهو الوضوء، لكن في العرف يطلق المشروط على مثل الصلاة، لكن بتقدير فيه، وكذا في لفظ المُسَبَب والمُسَبِب، فانّ الثاني بمعنى المسبب له، وإلا فالمُسَبِب هو نفس ما جعل سبباً، وهو نفس السبب، فلا يكون في عدم التضايف دلالة على ما ذكره من كونه اسماً جامداً.

نعم، قد جاء اسماً جامداً بمعنى الدون واللئيم والرذل والشريف، يقال «اشراط الغنم» أي رذالها، «والغنم أشرط المال» أي أرذله، «وأشراط الناس» أي أشرافهم، فهو من الاضداد، وبمعنى أول الشيء، ومنه قولهم «مشاريط الشيء» أي أوائله، وواحده المشراط، ومنه أيضاً «أخذ للأمر مشاريطه» أي أهبته، وأمّا قولهم «استشرط المال» أي فسد بعد صلاح، فالظاهر أنّه اشتقاق جعلي مأخوذ من الشرط بمعنى الدون.

٣٤٠ـ **قوله**ﷺ: **(لكون مضمونها ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفى أنّ هذا إنّما يناسب ما ذكرنا من كون المعنى الثاني الذي جعلناه فرداً من المعنى الأول هو التقييد، وأمّا ما ذكره المصنّف من كونه نفس ما يلزم من عدمه العدم فليس بمناسب؛ لأنّ مضمون الجملة إنّما هو التقييد، لا نفس القيد، نعم الجملة مشتملة على القيد، فانّ قولنا «إنْ جاءك زيد فاكرمه» مشتمل على المجيء الذي هو قيد وشرط في الاكرام، فلا تغفل.

٣٤١ـ **قوله**ﷺ: **(بل هي مرددة ...الخ)**[٢].

أقول: الترديد بينهما بناء على ما ذكره المصنّفﷺ من حيث كونه مشتركاً لفظياً بينهما، وعلى ما ذكرنا من حيث كونهما فردين لمعناه، وهو القدر المشترك، وقد عرفت أنّ معنى الثاني أيضاً معنى حدثي، لا جامد، لكن هذا إذا لم يمكن إرادة القدر المشترك، وإلا فيحمل عليه بناءً على ما ذكرنا، فتدبّر.

٣٤٢ـ **قوله**ﷺ: **(وظهر أيضاً أنّ المراد ...الخ)**[٣].

أقول: العمدة بيان أنّ الشرط فيه بالمعنى الأول، أعني الالزام والالتزام، أو الثاني أعني التقييد، وأمّا كونه على الأول بمعنى الملتزم أو نفس الالتزام، وعلى الثاني بمعنى القيد أو نفس التقييد فلا يتفاوت به المطلب، هذا.

وبناءً على ما ذكرنا من كونه حقيقة في القدر المشترك لا مانع من إرادته فيشمل كلا النوعين من الالتزام والتقييد؛ إذ لا داعي حينئذٍ على تخصيصه بأحد المعنيين، وتحقيق الحال موقوف على بيان أنّ ما بيد العرف من الشرط في ضمن العقود على أي من الوجهين؛ إذ الظاهر أنّ المراد من الحديث بيان حكم ما بأيديهم، فيكون المراد بالشرط فيه ما هو المتداول بينهم فنقول:

إنّ الشروط الواقعة في ضمن العقود على ما هو المتداول في العرف إنّما هي

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٣.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٣.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٤.

بنحو الالزام والالتزام، لا بنحو التقييد، وظاهر الفقهاء أيضاً ذلك كما لا يخفىٰ على من تأمل في كلماتهم.

نعم، يظهر من الشهيد[١] أنَّه جعلها بمعنى التقييد؛ حيث إنَّه يقول إنَّ فائدة الشرط جعل العقد اللازم جائزاً وأنَّه لا يجب الوفاء به، ولو كان بنحو الالزام و الالتزام كان واجب الوفاء بمقتضى القاعدة كما لا يخفىٰ.

وفي العوائد (ظاهر كلام الاكثر حيث قالوا بخيار الفسخ مع عدم سلامة الشرط، وإنْ كان إرادة المعنى الأول يعني الشرط الأصولي، ولكن استدلالهم بمثل قولهﷺ (المؤمنون عند شروطهم) في جميع موارد هذه المسألة يوافق إرادة الثاني، يعنى الالزام والالتزام لئلا يلزم استعمال اللفظ في معنييه، أو حمل اللفظ على معنييه الحقيقي والمجازي)[٢].

قلت: لا يخفىٰ ما في استظهاره، فانَّ الحكم بالخيار لا يكون معيناً لما ذكره لو لم يكن منافياً له، وسيأتي تحقيقة إنْ شاء الله، كما أنَّ الاستدلال بالحديث لا يكون دليلاً على إرادة الالزام والالتزام، فانَّ الشرط المتداول بين العرف لو كان على نحو التقييد كان الحديث منزلاً عليه، فيكون المعنى أنَّ المؤمنون عند تقييداتهم، يعني يجب عليهم الالتزام بتقييداتهم، غاية الأمر أنَّه على هذا لا يدل على وجوب الوفاء بالشرط، أي الاتيان بالفعل المشروط به، فانَّ معنى الالتزام بالتقييد الالتزام بعدم المقيد عند عدم القيد.

وكيف كان فالظاهر أنَّ ما بيد العرف هو الأول، كما أنَّه ظاهر الفقهاء أيضاً، ولا ينافي ما ذكرنا ما يترائى من بعض أهل العرف من إرادة التقييد من قوله «بعتك بشرط كذا» فانَّه يمكن أنْ يكون تقييداً في الرتبة الأولى فقط كما هو الظاهر منهم في مقام ترتيب الأثر عند التخلّف كما سيأتي بيانه إنْ شاء الله.

ويدل على ما ذكرنا ـ مضافاً إلىٰ المشاهد منهم من اجراء حكم الالتزام ـ حيث

---

(١) مسالك الافهام ٣:٤٥٥.
(٢) عوائد الايام ٤٢.

يوجبون على المشروط عليه الاتيان بما اشترط عليه الاتيان بما اشترط عليه، ولا يحكمون بالفساد عند التخلّف، بل بالخيار وغير ذلك، أنّه لو كان بنحو التقييد فامّا أنْ يكون قيداً في أصل البيع، أو في لزومه، أو في استمراره، فعلى الأول يلزم التعليق المبطل، وأيضاً لازمه البطلان عند التخلّف، ولو كان الشرط من الشروط الصحيحة، مع أنّه خلاف الاجماع، وخلاف حكم العرف كما عرفت.

ودعوى أنّ ذلك لدليل خارجي، وإلا فمقتضى القاعدة البطلان كما ترىٰ، وأيضاً ظاهر الفقهاء إلا الشهيد وجوب الوفاء بالشرط، ومع إرادة التقييد لا وجه له كما عرفت.

وعلى الثاني ـ كما هو ظاهر الشهيد ـ نقول إنّه خلاف المنساق من الالفاظ المذكورة في الصيغ، فانّ قولهم «بعتك بشرط أنْ تفعل كذا» ظاهر في عود الشرط إلىٰ أصل البيع؛ إذ لا ذكر للزوم والخيار في الكلام حتى يكون الشرط راجعاً إليه، ودعوى أنّه مفهوم من سياق الكلام كما ترىٰ.

وعلى الثالث ـ كما هو ظاهر العوائد، بل صريحه ـ أيضاً نقول إنّه خلاف ظاهر الالفاظ كما هو واضح، مضافاً إلىٰ أنّ لازم كون القيد راجعاً إلىٰ الاستمرار الانفساخ عند التخلّف، لا الخيار كما لا يخفىٰ، هذا.

والتحقيق أنْ يقال: بالتفصيل بين ما لو كان الشرط من قبيل الافعال، وما لو كان من قبيل الاوصاف، ففي الأول يكون بنحو الالتزام، وفي الثاني بنحو التقييد، فانّه وإنْ كان يمكن جعله من باب الالتزام بنحو من التجوّز والمسامحة، بأنْ يقال إنّ شرط الكتابة في العبد الشخصي معناه الالتزام بكونه كاتباً، بمعنى التعهّد باعطاء الكاتب بدفعه بنحو المسامحة، وإنْ كان لو لم يكن كاتباً لا يمكن إيجاد الكتابة فيه، فليس مما يصح الالتزام به حقيقة، بل إنّما يصح ادعاءً وتجوّزاً، إلا أنّه لا داعي إلىٰ ارتكاب هذه الدعوى والمسامحة، بل الظاهر أنّ الموجود في يد العرف في هذا القسم هو التقييد.

لا يقال: لازمه البطلان عند التخلّف لا الخيار، وقد مرّ أنّه خلاف حكم العرف

والشرع.

لانا نقول: إنّه تقييد في الرتبة الأولى، وبالنسبة إلى عالم الانشاء واللفظ، ولكنه في اللب على وجه تعدد المطلوب، فانّ المركوز في أذهانهم ليس عدم البيع عند العدم، بل عدم الالتزام به، وإلا فلو رضي بالمبيع مع فقد الشرط لا يكون من الرضا بأمر خارجي؛ حتى يحتاج إلى انشاء معاملة جديدة، بل يمكن أنْ يجعل من هذا الباب جملة من المقامات التي يكون الشرط من قبيل الافعال، لكن يكون نظر المتعاقدين إلى التقييد، فلا يحكم بالبطلان بل بالصحة على الوجه المذكور، بل يمكن من هذا البيان أنْ يجعل جميع الشروط كذلك، بمعنى أنّه لا مانع من كونه كذلك بحسب الجعل والعقد، ولا يلزم التعليق ولا بطلان البيع عند التخلّف، نعم لازمه كما عرفت عدم وجوب الوفاء، وهو خلاف حكم العرف والشرع.

ومن ذلك يظهر أنّ العمدة في عدم الحمل على التقييد وجعله من باب الالتزام في الالتزام هو ذلك، أعني حكم العرف والشرع بوجوب الوفاء به، وإلا فما مرّ من لزوم البطلان عند التخلّف أو مطلقاً من جهة لزوم التعليق يمكن دفعه بما أشرنا إليه، هذا.

وإذا كان المتداول في أيدي العرف ما ذكرنا من القسمين فنقول: إنّ المراد من الشرط في الاخبار القدر المشترك بين المعنيين، وهو مطلق الجعل والتقرير حسبما عرفت، فتدبّر.

٣٤٣ ـ قوله ﷺ: (بمعنى التزام عدم شيء ...الخ)[1].

أقول: هذا مؤيد لما ذكرنا من امكان دعوى كون المعنى الثاني راجعاً إلى الأول، والعجب من المصنّف أنّه مع إلتفاته إلى هذا لم يلتفت إليه، وأعجب منه جعله المعني الثاني نفس ما يلزم من عدمه العدم، لا التقييد، مع أنّه الظاهر المتبادر عند العرف حسبما عرفت.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤.

٣٤٤ ـ **قوله ﷺ: (مسامحة ...الخ)**[1].

أقول: وذلك لأنَّ الشرط ليس نفس ثلاثة أيام، كما هو مقتضى جعله خبراً، فلا بدَّ من تقدير مضاف قبل قوله (الشرط وهو في الحيوان ...الخ) وهو لفظ «المدة» أو ما بمعناها، فكأنَّه قال مدة الخيار أو مدة ثبوت الخيار ثلاثة أيام، هذا.

ويمكن أنَّ قوله (ثلاثة أيام) منصوب على الظرفية، وأنَّ الخبر متعلقه المقدر، فمعنى الخبر أنَّ الخيار في الحيوان ثابت في ثلاثة أيام، وعلى هذا فلا مسامحة فيه.

٣٤٥ ـ **قوله ﷺ: (ولا يخفىٰ توقفه على التوجيه ...الخ)**[2].

أقول: الظاهر أنَّ في العبارة سقطاً، فانَّ المناسب أنْ يقول لا يخفىٰ عدم توقفه على التوجيه، ووجه عدم التوقف أنَّه على هذا لا يكون لفظ الثلاثة خبراً، بل هو مضاف إليه للفظ الشرط، فيكون معنى الخبر أنَّ في الحيوان خيار ثلاثة أيام، يعني خيار الكائن في ثلاثة أيام، ولا غائلة فيه.

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٤.

شروط صحة الشرط

❑ الاول: ان يكون مقدوراً

٣٤٦ ـ قوله ﷺ: (أحدها أنْ يكون ...الخ)[١].

أقول: تحقيق الحال في هذه المسألة على سبيل الاجمال أنّ الشرط إمّا أنْ يكون فعلاً لأحد المتعاقدين، أو فعلاً لثالث، وإمّا أنْ يكون وصفاً حالياً أو استقبالياً، وإمّا أنْ يكون من شروط النتيجة.

أمّا إذا كان فعلاً لأحدهما فلا اشكال في اعتبار كونه مقدوراً له ولو بالواسطة كالافعال التوليدية، وإلا كان لغواً؛ إذ لا يمكن الوفاء به، والظاهر كفاية الظن بامكان إيجاده له، ولا يجب العلم به، بل يمكن كفاية مجرد الامكان وإنْ كان ظاناً بوجود المانع، فتدبّر.

وإنْ كان فعلاً لثالث فانْ كان مما لا ربط له بالمشروط عليه أصلاً بحيث يعد الالتزام به سفهياً فالظاهر بطلانه، وإنْ كان مربوطاً به كان واثقاً بايجاده فلا وجه للحكم ببطلانه، وإنْ كان من فعل الله سبحانه، خصوصاً إذا كان ذلك الغير من قبيل العبد أو الولد للمشروط عليه، إذ هو نظير الوصف الحالي، بل أولى منه في امكان اعتبار الالتزام به مع الوثوق بحصوله.

وما ذكروه وجهاً للبطلان من اللغوية أو عدم القدرة على التسليم أو الغرر لا يجري في هذه الصورة؛ لأنّا نرى صحة الالتزام به عرفاً، وهو وإنْ لم يصح على وجه الحقيقة، لكنه صحيح على وجه الادعاء والمسامحة كما مرّ تقريره في اشتراط الاوصاف، هذا.

مع أنّه يمكن أنْ يقال: إنّ الشرط في هذه الصورة بمعنى التقييد، لا الالتزام على

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥.

الوجه الذى قررناه سابقاً من كونه في الرتبة الأولى، وكونه من تعدد المطلوب في اللب والرتبة الثانية.

ومما ذكرنا ظهر حال الوصف الاستقبالي، فانّه لا فرق بينه وبين الوصف الحالي في كونه صحيحاً على وجه الالتزام المسامحي، أو على وجه التقييد على النحو الذي ذكرنا.

وأمّا إذا كان من شروط النتيجة فانْ كان مما يكفي في تحققه كل سبب حتى مثل الشرط فلا اشكال في صحته، وإلا فانْ كان المشروط تحقق النتيجة من غير نظر إلىٰ ايجاد السبب وعدمه فالظاهر صحته؛ إذ هو نظير اشتراط الافعال التوليدية، بل سائر المسببات، فلو اشترط عتق العبد بمعنى كونه معتقاً في وقت كذا صح؛ لامكان تحقق ذلك بايجاد السبب، وأولى من ذلك ما لو كان المقصود حصولها ولو بايجاد السبب، بمعنى كونها ناظرين إلىٰ ذلك.

وأمّا لو كان المقصود حصولها مقيداً بعدم ايجاد السبب فلا اشكال في بطلانه؛ لأنّ المفروض عدم تحققها إلا بالسبب، لكن الوجه في البطلان حينئذٍ كونه مخالفاً للشرع، لا كونه غير مقدور؛ لأنّ المفروض أنّ المشروط هو الانعتاق مثلاً، وهو مما يمكن للمتعاقدين الالتزام به، غاية الأمر أنّ الشارع لم يمضه إلا مع إيجاد السبب، فليس من غير المقدور، كيف؟ وإلا كان القسم الأول، وهو ما كان الشرط كافياً في تحققه كذلك أيضاً.

والحاصل: أنّ القدر الذي يكون من قبل المشروط عليه ومتعلقاً به إنّما هو الالتزام بوجود تلك النتيجة وتحققها، وهذا أمر مقدور له، ولا دخل له بامضاء الشرع أو العرف له وعدم امضائهم، فالامضاء لا يجعله مقدوراً لو كان من غير المقدور، فاشتراط الانعتاق كاشتراط الملكية، فكما أنّ الثاني يعدُّ مقدوراً فكذا الأول، غاية الأمر أنّ الشارع حكم بعدم حصول الأول إلا بايجاد سبب خاص.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام المصنّف ﷺ، حيث إنّه حكم بالبطلان في غير القسم الأول من حيث عدم المقدورية، مع أنّ الحق عدم البطلان في صورة عدم التقييد

بعدم السبب، وكون البطلان في صورة التقييد من جهة كونه مخالفاً للكتاب والسنة، لا من جهة عدم المقدورية، نعم لو كان المشروط حصول الانعتاق الشرعي ـ مثلاً وهكذا في غيره ـ كان البطلان في صورة التقييد من جهة عدم المقدورية أيضاً؛ لأنّ الانعتاق الشرعي ليس مقدوراً له.

بقي هنا أمران:

أحدهما: أنّ ما ذكرنا من اشتراط فعل الغير إنّما كان مع فرض كون المشروط عليه أحد المتعاقدين، وأمّا إذا فرض كونه هو ذلك الغير، كأنْ يقول «بعتك واشترطت على زيد أنْ يخيط لي ثوباً» مثلاً بحيث لا يكون المراد إلا الالزام على زيد والتزامه به، فهل يصح أم لا؟

الظاهر صحته مع فرض قبوله، ويجب عليه الوفاء به سواء قلنا بصحة الشروط البدوية أو لا؛ فانّ ما نحن فيه يكون من الشرط في ضمن العقد وإنْ لم يكن العقد للمشروط عليه؛ إذ لا دليل على اعتبار كونه في ضمن العقد الذي للمشروط عليه.

والحاصل: أنّ عموم المؤمنون شامل له، لكن لو فرض عدم العمل به فالظاهر عدم الخيار للمشروط له لعدم كونه التزاماً على الطرف الأخر، والعقد لا ربط له بذلك الغير، ويمكن القول بثبوت الخيار إذا كان بالنسبة إلى الطرف الآخر أيضاً نحو من الالتزام، لكنه خارج عن الفرض؛ لأنّه حينئذٍ يكون شرطاً عليه وعلى ذلك الغير أيضاً، فيكون الملزم به متعدداً، وإنْ كان الالتزام بالنسبة إلى أحدهما على وجه الحقيقة، وبالنسبة إلى الآخر ـ وهو من يكون طرفاً للعقد ـ على المسامحة حسبما مرّ بيانه، وكذا إذا فرض كونه بالنسبة إلى الطرف الآخر على وجه التقييد، وبالنسبة إلى ذلك الغير المشروط عليه على وجه الالتزام، فعلى هذين التقديرين يكون للمشروط له الخيار عند عدم الوفاء بالشرط، فتدبّر.

الثاني: هل المدار في المقدورية على المقدورية الواقعية الفعلية، أو الظاهرية بحسب نظر العرف والمتعاقدين؟ ويظهر الثمرة فيما لو فرض اشتراط فعل يكون في حد نفسه مقدوراً إلا أنّه يكون هناك مانع واقعي لا يعلمه المتعاقدان، كما إذا

اشترط عليه صوم الغد، فيحصل له مانع من مرض أو سفر، أو اشترط عليه فعلاً للغير وكان موثوق الحصول، حيث قلنا بكفايته فتبين عدمه، وأنّه لا يفعله وهكذا.

الظاهر هو الثاني؛ فلا يحكم ببطلان الشرط في هذه الصور، بل يحكم بصحته ويكون من باب التخلّف، فيكون للمشروط له الخيار وإنْ قلنا بكون الشرط الفاسد مفسداً، ولو جعلنا المدار على القدرة الواقعية فاللازم الحكم ببطلان العقد بناءً على القول بكون الشرط الفاسد مفسداً.

ويمكن الفرق بين ما لو كان المانع موجوداً حين العقد فيكون من باب الشرط الفاسد، ووجوده بعده وإنْ كان زمان الشرط متأخراً أيضاً، كما إذا اشترط الخياطة يوم الجمعة وكان قادراً على الخياطة حال العقد، لكنه صار أعمى قبل يوم الجمعة فلا يكون من باب الشرط الفاسد، بل من باب تعذّر الشرط الموجب للخيار، فتدبّر.

٣٤٧ ـ قوله ﷺ: (فافهم ...الخ)[١].

أقول: لعله وجهه أنّه لو فرض كون المراد اعمال المقدمات لا وجه للحكم بفساد الشرط حينئذٍ؛ لأنّ الشرط مقدور على هذا التقدير، فتدبّر.

٣٤٨ ـ قوله ﷺ: (فيلزم الغرر ...الخ)[٢].

أقول: قد عرفت عدم الغرر إذا فرض حصول الوثوق بفعل ذلك الغير، ومع فرض عدمه نلتزم بالبطلان كما في الوصف الحالي أيضاً، فانّا لا نحكم بصحته إلا مع الوثوق؛ إذ لا يرتفع الغرر إلا به، ومجرد الالتزام به غير كافٍ في رفع الغرر كما مرّ مراراً، ولو فرض كفايته نقول بمثله في المقام أيضاً لعدم الفرق حسبما عرفت.

٣٤٩ ـ قوله ﷺ: (ويمكن توجيه ...الخ)[٣].

أقول: لا داعي إلىٰ هذا التوجيه بعد كون ما ذكره هو الحق، مع أنّه لا فرق بين

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٧.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٨.

جعله من باب اشتراط الوصف أو الفعل حسبما عرفت.

٣٥٠ ـ قوله ﷺ: (إلّا أنّ يحمل على صورة الوثوق ...الخ)[1].

أقول: هذا اعتراف بما ذكرنا من صحة اشتراط فعل الغير، فانّ العقلاء لا يشترطون ذلك إلا مع الوثوق، كما في الأوصاف، ومع عدم الوثوق يكون البطلان من جهة الغرر، لا من جهة عدم المقدورية، فلا تغفل.

٣٥١ ـ قوله ﷺ: (ومن أفراد غير المقدور ...الخ)[2].

أقول: قد عرفت ما فيه، فتذكر.

❏ الثاني: أن يكون سائغاً

٣٥٢ ـ قوله ﷺ: (الثاني أنْ يكون سائغاً ...الخ)[3].

أقول: لا يخفىٰ أنّ هذا الشرط راجع إلىٰ الشرط الرابع فلا وجه لعده مستقلاً، فتدبّر.

٣٥٣ ـ قوله ﷺ: (ولو شك في تعلق ...الخ)[4].

أقول: لا فرق بين كون الشاك هو الطرف الآخر المشروط عليه، أو الثالث من الحاكم الشرعي وغيره، هذا ولو فرض وجود غرض عقلائي حين الشرط ثم زوال بعد ذلك فالظاهر عدم وجوب الوفاء به، وإنْ طالبه المشروط له، وكذا إذا تبيّن عدم الغرض حين العقد بناءً على عدم كون الشرط الفاسد مفسداً، ولا يوجب عدم الوفاء خياراً، فتدبّر.

❏ الثالث: أن يكون فيه غرض معتد به

٣٥٤ ـ قوله ﷺ: (ومن أنّ الاسلام ...الخ)[5].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٩.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٩.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٢١.

أقول: لا يخفىٰ ما فيه إذا اشتراط الكفر في العبد لا يكون من علوه على الاسلام، وإلا فينبغي عدم جواز اختيار العبد الكافر في مقام الشراء مع وجود المسلم.

□ الرابع: أن لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة

٣٥٥ ـ قوله ﷺ: (بل قد جوز بعض ...الخ)[1].

أقول: يعني أنّه لو ورد خبر خاص على جواز شرط في مورد خاص مع كونه مخالفاً للكتاب نجعله مخصصاً لعموم ما دلّ على عدم جواز الشرط المخالف، ووجه الضعف أنّ هذا العموم غير قابل للتخصيص، فلا بدّ من طرح ذلك الخبر أو الاستكشاف منه أنّ الحكم مما يقبل التغيير بالشرط حسبما يأتي[2] بيانه إنْ شاء الله.

٣٥٦ ـ قوله ﷺ: (ثم الظاهر إنّ المراد ...الخ)[3].

أقول: فيه منع، بل الظاهر منه هو القرآن، والغرض بيان الميزان الصحة الشرط وعدمها عند الشك، نظير الترجيح لأحد الخبرين المتعارضين بموافقة الكتاب، فالمراد أنّ كل شرط مخالف لعموم أو اطلاق في الكتاب فهو باطل، وبهذا المعنى يكون قابلاً للتخصيص حسبما ذكره ذلك البعض المشار إليه، وإنّما لا يكون قابلاً للتخصيص على ما ذكره المصنّف ﷺ حيث إنّ الشرط المخالف للشرع لا يمكن أنْ يكون صحيحاً.

ثم على ما ذكرنا مقتضى القاعدة وإنْ كان هو الحكم باشتراط الموافقة؛ لعدم المعارضة بين ما دلّ على ذلك وما دلّ على اشتراط عدم المخالفة، وأنّ الشرط المخالف باطل، لأنّه من تعارض المثبتين، وقد تقرر في محله عدم المعارضة بينهما، وأنّه يجب العمل بهما معاً، ففي المقام لا بدّ وأنْ يقال إنّ الشرط المخالف باطل، وأنّ غير الموفق أيضاً باطل، إلّا أنّ الظاهر أنّ المدار على المخالفة، إذ لو

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٢.
(٢) تعليقة ٣٦١.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢٤.

اشترط الموافقة لزم بطلان غالب الشروط، لأنّ غالب الأحكام إنّما يستفاد من غير الكتاب.

وأمّا على ما ذكره المصنّف فلا يتفاوت الحال بين أنْ يقال يشترط الموافقة أو عدم المخالفة؛ لأنّ كل شرط لا يخالف حكم الله فهو موافق له لا محالة وبالعكس، فلا حاجة إلىٰ ما ذكره من أنّ المراد من الموافقة عدم المخالفة.

٣٥٧ ـ قوله﷿: (**نظراً إلىٰ موافقة** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنّ لازم هذا البيان كون كل غير مخالف موافقاً، فلو جعل المراد من الموافقة ظاهرها أيضاً يتم المطلب؛ لأنّه لا فرق بين موافقة العمومات والخصوصات، فتدبّر.

٣٥٨ ـ قوله﷿: (**أمّا نفس المشروط** ...الخ)[٢].

أقول: يمكن أنْ يقال: إنّ المتصف بالمخالفة أبداً نفس الشرط، لكن الاتصاف قد يكون من حيث متعلقه، أي المُلْتَزَم، وقد يكون باعتبار نفسه.

٣٥٩ ـ قوله﷿: (**إلّا أنّ التزام فعل** ...الخ)[٣].

أقول: وفي بعض النسخ إلّا أنّ التزامه فعل للحرام المحرم له، وعلى النسختين اشكال، أمّا على الأول فلأنّا لا نسلّم إنّ التزام فعل الحرام حرام آخر، مع أنّه على هذا يكون تسليماً لما ذكره المورد، من أنّ التزام ترك المباح ليس بحرام.

وأمّا على الثانية فلمنع كون التزام ترك المباح فعلاً للحرام، فانّه أول الدعوى، فكان الأولى الاقتصار في الجواب عن الايراد على ما ذكره بقوله (مع أنّ الرواية ...الخ)، وحاصله أنّ مقتضاها كون الالتزام بترك التزويج والتسري حراماً، والمفروض أنّ نفس الترك بلا التزام ليس بحرام، فيكشف عن أنّ المراد من قوله

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٥.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢٥.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢٥.

(إلا شرط خالف الكتاب) أعم من القسمين، إلّا أنَّ يوؤل الرواية بما سيجيء[١]، وهو بعيد.

٣٦٠ ـ **قوله ﷺ: (ما هو من فعل الشارط ...الخ)**[٢].

أقول: سلمنا أنَّ التحريم والتحليل مسندان إلىٰ الشرط الذي هو فعل الشارط، لكنه لا يثبت مدعاه؛ لما مرَّ من أنَّ تحريم الشرط قد يكون باعتبار نفسه، وقد يكون باعتبار متعلقه، فلا دلالة في الرواية على عدم الانحصار وإرادة الأعم.

والأولى أنْ يقال: إنَّ لفظ الشرط في جميع الاخبار ظاهر في المعنى المصدري، ولا داعي إلىٰ حمله على إرادة المشروط، فيكون المراد إلا التزاماً حرّم أو حلل أو خالف، وهو أعم من أنْ يكون بنفسه أو بسبب متعلقه حسبما ذكرنا، فنأخذ بالاطلاق.

نعم، يبقى الكلام في مصداق القسم الأول؛ إذ لا مصداق له إلا مسألة ترك التزويج والتسري إنْ لم نوؤل الرواية بما سيجيء[٣].

٣٦١ ـ **قوله ﷺ: (توضيح ذلك أنَّ حكم الموضوع ...الخ)**[٤].

أقول: أنَّ المراد من الشق الثاني على ما هو ظاهر كلامه أنْ يكون الحكم ثابتاً للموضوع فعلاً مطلقاً، ومع طرو بعض العناوين كما في أدلة المحرمات، فانَّ حرمة الخمر ثابتة لها مطلقاً حتى مع طرو عنوان أمر الوالد والسيد أو النذر أو نحو ذلك، إلا بعض العناوين الرافعة لجميع الأحكام كعنوان الضرر والحرج، فانّه يرفع الحرمة عنهما كما يرفع سائر الأحكام.

وأمّا الشق الأول فيحتمل وجوهاً:

أحدها: أنْ يقال بعدم الاطلاق في الدليل المثبت للحكم بحيث يشمل صورة الشرط وغيره من العناوين الطارية، وبعبارة أخرىٰ كونه في مقام الاهمال لا

---

(١) تعليقة ٣٦٣.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢٦.
(٣) تعليقة ٣٦٣.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٢٦.

الاطلاق، ولازمه أنْ لا يجري الحكم لو فرض قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء بالشرط أيضاً، لأنَّ المفروض اهمال الدليل وعدم تعرّضه لبيان الحكم على جميع التقادير، فالشك في ثبوته كافٍ في عدمه، ولا يحتاج إلىٰ الدليل الرافع.

الثاني: أنْ يقال إنَّ الدليل مطلق، إلا أنَّه لبيان الحكم في حد نفسه من غير نظر إلىٰ الطوارىء وجوداً ولا عدماً، مثل قوله «الملح حلال»، وإنْ كان مطلقاً مفيداً للحلية في جميع الأفراد، إلا أنَّه يفيد الحلية في حد نفسه، فلا ينافي حرمته لعارض من جهة غلبة عنوان آخر، ككونه مضراً أو منهياً بنهي الوالد أو السيد، أو منذوراً، أو نحو ذلك، وعلى هذا فمثل الشرط مقدّم من حيث وجوب الوفاء به، وإلا فمع قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء يلحقه الحكم الأولي، ووجه تقدمه كونه أهم من حيث كونه واجباً، وذاك مباحاً، فهو من تزاحم الوجوب والاباحة.

الثالث: أنْ يقال إنَّ الدليل مقيد بعدم وجود الطوارىء، فمعها يلحقه حكمها، والفرق بينه وبين ما قبله أنَّ الملح على هذا الوجه خارج عن قوله مباح في صورة وجود الطارىء؛ لأنَّه إنَّما حكم بإباحته مع عدم الطوارىء، فلا يشمل صورة وجودها، فلا يكون من باب التزاحم؛ إذ المقتضى مقصور على صورة عدم وجودها، هذا.

وظاهر كلام المصنّف﴿ إرادة الوجه الثالث، وبعض فقراته ظاهر في إرادة الثاني، ويظهر من العبارة الآتية في بيان حكم الشك الأول، ولا يخفىٰ أنَّ الوجه الأول فاسد، بمعنى أنَّه لا يمكن أنْ يقال إنَّ أدلة المباحات من ذلك الوجه؛ لأنَّ مقتضاه كما عرفت أنَّ لا يكون المؤثر في رفع الحكم هو الشرط؛ لأنَّ المفروض عدم شمول الدليل، بحيث لو قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء أيضاً لا يثبت الحكم، إذا شك فيه، مع أنَّ من المعلوم أنَّه ليس كذلك، فيدور الأمر بين الوجه الثاني والثالث.

والتحقيق هو الثاني، فيكون تغيّر الحكم بسبب الشرط من جهة كونه واجب الوفاء، ومن باب مزاحمة الوجوب للاباحة مثلاً، وعلى هذا فالفرق بين أدلة

المحرمات والواجبات، وبين أدلة المباحات والمستحبات والمكروهات كون الأولى متعرضة لبيان الحكم حتى مع وجود الطوارىء، إلا مثل الضرور والحرج، بخلاف الثانية فانَّها لبيان الحكم في حد أنفسها، فلا ينافي تغيره بسبب الطوارىء؛ ولذا تكون مقدمة، فالشرط على خلافها ليس مخالفاً للكتاب، بخلاف ما إذا كان على خلاف الوجوب أو الحرمة، هذا.

ولكن الانصاف عدم الفرق، فانَّ أدلة المحرمات والواجبات أيضاً إنَّما تفيد لحوق الحكم للموضوع في حد نفسه، مع قطع النظر عن الطوارىء، فانَّ قوله «الخمر حرام» إنَّما يفيد الحرمة لها من حيث هي أينما وجدت وبأي عنوان تعنونت، لكن من حيث هي خمر، ولا دلالة فيه على كون الحكم الحرمة فعلاً حتى مع لحوق عنوان موجب أو مبيح، بمعنى تقدّم جهة الحرمة، فاذا فرض عروض عنوان آخر يكون من باب المزاحمة كما في أدلة المباحات، لكن من المعلوم أنَّ المزاحم للواجب والمحرم لا يغلب عليه، إلا إذا كان في غاية القوة، مثل الضرر والحرج، فليس كل عنوان طارٍ في القوة بحيث يغلب على الواجبات والمحرمات، وهذا بخلاف المباحات فانَّ العنوان الطارىء إذا كان وجوباً أو حرمةً يكون مقدماً لا محالة؛ لأنَّ جهة الوجوب والحرمة وإنْ كانت عرضية مقدمة على جهة الاباحة، فالباب باب المزاحمة في المقامين كما عرفت.

ثم لا يخفى أنَّ مقتضى بيان المصنّف﷫ أنْ يكون الشرط المخالف للوجوب والحرمة من الشرط المخالف للكتاب؛ حيث إنَّ دليلهما مثبت لهما حتى مع لحاظ وجود مثل الشرط، بخلاف الشرط المخالف للاباحة واختيها، ولو كان الشرط بمثل قوله «بشرط أنْ يكون الملح حراماً عليك» فانَّ المفروض أنَّ إباحته إنَّما هي مع عدم طرو عنوان الشرط، فلا يكون شرطاً مخالفاً للكتاب.

وأمَّا على ما ذكرنا فالشرط المخالف للوجوب والحرمة يكون مخالفاً؛ لأنَّه يصدق عليه كونه مخالفاً للكتاب وإنْ لم يكن الدليل متعرِّضاً لحال وجود الطارىء، بل مفيداً لثبوتهما للموضوع في حد نفسه، سواء قال «بشرط أنْ تشرب

الخمر»، أو قال «بشرط أنْ يكون الخمر مباحاً عليك».

وأمّا الوارد على الاباحة وأخويها فانْ كان بمثل قوله «بشرط أنْ يكون حراماً» فهو مخالف، وهو واضح، وإنْ كان بمثل قوله «بشرط أنْ لا تاكل الملح» فلا يكون من الشرط المخالف، هذا كله في الاحكام التكليفية.

وأمّا في الوضعية فبمجرد وجود اطلاق أو عموم مثبت للحكم يكون اشتراط خلافه من الشرط المخالف، إلا إذا ثبت كونه مما يقبل التغيير بالشرط، أو فرض عدم احراز كون المطلق في مقام البيان، لكن هذا في الحقيقة خروج عن الفرض؛ لأنّه إذا كان كذلك فمع قطع النظر عن دليل الشرط أيضاً لا يثبت الحكم، وعليك بالتأمل فانّ المقام حقيق به.

٣٦٢ ـ قوله ﷺ: (مثل رواية منصور بن يونس ...الخ)[1].

أقول: وقريب منها روايته الأخرى مذكورة في باب النكاح[2].

٣٦٣ ـ قوله ﷺ: (فيمكن حمل رواية محمد بن قيس ...الخ)[3].

أقول: لا يخفى أنّ الرواية السابقة كانت لمحمد بن مسلم، نعم قريب منها رواية أخرى لمحمد بن قيس عن الباقر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة وشرط لها إنْ هو تزوّج عليها أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق؟ فقضى عليه السلام في ذلك إنّ شرط الله قبل شرطكم، فانْ شاء وفى لها ما يشترط، وإنْ شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها)[4].

هذا ويمكن الجمع بين الروايات بحمل ما دلَّ على عدم صحة الشرط المذكور على صورة إرادة عدم كون أمر التزويج والتسرّي بيد الزوج، وحمل أخبار الصحة والجواز على صورة إرادة مجرد الالزام بالترك، وهذا الجمع قريب جداً، إلّا أنّ الظاهر اتفاق العلماء على عدم صحة الشرط المذكور، فلا يمكن التعويل على

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٨.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢٨.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب المهور ح ١.

الجمع المذكور، فتدبّر وراجع ما ذكروه في باب النكاح.

٣٦٤ ـ قوله ﷺ: (فتأمل ...الخ)[١].

أقول: لعل وجهه بُعد الحمل المذكور، فتدبّر.

٣٦٥ ـ قوله ﷺ: (كون من أحد أبويه ...الخ)[٢].

أقول: التحقيق في هذه المسألة بطلان الشرط، فراجع.

٣٦٦ ـ قوله ﷺ: (ومنها: ارث المتمتع بها ...الخ)[٣].

أقول: التحقيق فيها أيضاً عدم جواز الشرط؛ لظاهر بعض الأخبار من أنّ من حدود المتعة أنْ لا ترث[٤]، مضافاً إلىٰ جملة من الأخبار الأُخر، بل بعضها مشتمل على قوله (اشترط أو لم يشترط)[٥] فهو خاص ناص، فرواية الجواز لا بدّ من طرحها أو حملها على الوصية.

٣٦٧ ـ قوله ﷺ: (فانّ الظاهر الاتفاق ...الخ)[٦].

أقول: لا فرق في دليل الجواز بين الصورتين كما لا يخفىٰ، والاتفاق ممنوع، فتدبّر وراجع المسألة.

٣٦٨ ـ قوله ﷺ: (ومنها: أنّهم اتفقوا ...الخ)[٧].

أقول: التحقيق في باب الأمانات كلية عدم صحة شرط الضمان؛ لأنّه كاشتراط ضمان الأجنبي، بعد عدم كون اليد يد ضمان، ولا أظنهم يلتزمون بجواز اشتراط ضمان الأجنبي، وباب العارية خرج بالنص الخاص، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٨.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢٩.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب المتعة، ح ٨.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب المتعة، ح ٧.
(٦) كتاب المكاسب ٦: ٢٩.
(٧) كتاب المكاسب ٦: ٣٠.

٣٦٩ ـ **قوله ﷺ: (ومنها: اشتراط أنْ لا يخرج ... الخ)**[١].

أقول: الانصاف عدم الاشكال في هذه المسألة، فانَّ مقتضى القاعدة الجواز، وهو المشهور، والمخالف نادر، ولا دليل له، مع أنَّ النص الخاص دال على الجواز، فتدبّر وراجع.

نعم، لو اشترط كون أمر المسكن بيد الزوجة أشكل الحكم بالصحة، مع أنَّ الأقوى صحته أيضاً.

ثم إنَّ من الموارد شرط الخيار في النكاح فالمشهور على المنع، مع أنَّه ليس فيه نص خاص، ومقتضى القاعدة الجواز، ودعوى أنَّه منافٍ لمقتضى العقد ـ كما في الجواهر[٢] ـ فانَّ النكاح قابل للفسخ في الجملة كما في العيوب المنصوصة، وكما في تخلّف الشرط فيما إذا اشترط وصفاً ككونها من قبيلة كذا أو بكراً أو نحو ذلك مما ذكره الفقهاء وتعرضوا له.

ومنها ما إذا اشترط في النكاح كون أمر الطلاق والجماع بيد المرأة، وإنْ كان الأقوى البطلان فيه، نعم لو شرط كونها وكيلاً في الطلاق صح، وكذا لو اشترط اجابته إلى الطلاق إنْ أرادت أو إلى الوطيء كذلك فانَّه لا بأس به، ولتحقيق الحال في هذه الفروع مقام آخر، والغرض الاشارة الاجمالية.

٣٧٠ ـ **قوله ﷺ: (ومرجع هذه الأصل ... الخ)**[٣].

أقول: لما كان إجراء أصالة عدم المخالفة بظاهره فاسداً ـ لأنَّه ليس لها حالة سابقة حتى تستصحب؛ إذ قبل وجود الشرط لم يكن شرط حتى يكون موافقاً أو مخالفاً، هذا إنْ أريد أصالة عدم حدوث المخالفة بسبب وجود هذا الشرط، وإنْ أريد إجراء أصالة عدم مخالفة الشرط الفلاني كلية ومن حيث هو فكذلك أيضاً؛ إذ قبل جعل الحكم الشرعي لم يكن موضوع للموافقة والمخالفة، وأمّا بعده فهو

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٣٠.
(٢) جواهر الكلام ٢٩: ١٤٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٣١.

مورد الشك ـ عدل المصنّف عن ذلك التعبير وأرجعه إلىٰ أصالة عدم ثبوت الحكم على وجه كذا هذا.

والتحقيق فساد الأصل على هذا الوجه أيضاً؛ لأنّ الأصل المذكور لا يثبت عنوان عدم المخالفة، والمفروض أنّه شرط في الصحة أو أنّ المخالفة مانعة؛ إذ على أي حال لا بدّ من احراز عدم هذا العنوان، ولا يثبت ذلك بالأصل المذكور، خصوصاً بملاحظة أنّ المخالفة إنّما هي صفة للشرط، فانّ محصل المعنى أنّ كل شرط جائز إلا ما كان مفاده خلاف الحكم الشرعي، وليس المفاد إلا إذا لم يكن الحكم منافياً له.

والحاصل: أنّ المناط مخالفة الشرط للحكم وعدمها، لا مخالفة الحكم للشرط وعدمها، هذا.

ولو قلنا بوجوب الموافقة كما هو مفاد بعض هذه الأخبار على ما مرّ فالأمر أوضح، نعم لو فرض كون الحكم مشكوكاً مع قطع النظر عن دليل الشرط، بأنْ كان دليله مجملاً فأجرينا فيه الأصل صح الشرط، إذ حينئذٍ يحرز عدم المخالفة بالوجدان، مثلاً إذا شك في حرمة شرب التتن، وقلنا إنّ الأصل البراءة، فلو شرط شربه في ضمن عقد يكون صحيحاً ولا يقال إنّه مشكوك أنّه داخل في المستثنى منه، وهكذا الحال في جميع موارد الأصول في الأحكام الوضعية والتكليفية.

لكن هذا الفرض خارج عن محل الكلام؛ إذ مورد الاشكال ما إذا كان الدليل مع قطع النظر عن دليل الشرط ووجوب الوفاء به شاملاً، والحكم معلوماً، وكان الشك فيه من حيث إنّه قابل للتغيير بالشرط أو لا.

٣٧١ ـ **قوله**﵀: **(بعد عدم ظهور الدليل ...الخ)**[١].

أقول: هذه العبارة هي التي أشرنا اليها، وقلنا إنّها تدل على إرادة المصنّف ﵀ للوجه الأول من الوجوه المتقدمة، لكن ينبغي القطع بعدم إرادته ذلك؛ إذ مع كون الاطلاق في مقام الاهمال لا يكون المغير هو الشرط حسبما عرفت مراراً.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٣٢.

٣٧٢ ـ **قوله** ﵀: **(بعض مشايخنا** ...الخ)[١].

أقول: هو الفاضل النراقي في عوائده[٢].

٣٧٣ ـ **قوله** ﵀: **(بما كان الحكم المشروط** ...الخ)[٣].

أقول: يعني أنّ مدار المخالفة كون المشروط مخالفاً، لا نفس الشرط، فانّه ليس بمخالف مع قطع النظر عن وجوب الوفاء، والمفروض وجوب قطع النظر عنه، وليس مراده أنّ الشرط بمعنى المشروط حتى يكون تصرّفاً في اللفظ، وإنْ كان هو أيضاً صحيحاً على فرض الانحصار.

ثم إنّك قد عرفت أنّ تعميم المصنّف ﵀ أيضاً لا وجه له؛ لعدم وجود المصداق لما كان المنافاة بنفس الشرط، فتدبّر.

٣٧٤ ـ **قوله** ﵀: **(فقال ولو جعل** ...الخ)[٤].

أقول: ما ذكره العوائد بعد هذا العدول هو التحقيق حسبما أشرنا إليه سابقاً[٥] وسنشير إليه أيضاً[٦].

٣٧٥ ـ **قوله** ﵀: **(ونظير مجامعة الزوج** ...الخ)[٧].

أقول: لا نسلّم بطلان الشرط إذا اشترط عدم المجامعة حين إرادة الزوجة، وإنّما الباطل ما إذا اشترط كون أمر الجماع بيد الزوجة، وهذا ليس من الاباحة، بل من اشتراط الحكم الوضعي، والرواية منزلة على هذا المعنى كما هو ظاهرها أيضاً.

وأمّا اشتراط عدم التزويج والتسرّي فقد عرفت أنّه لا بدّ من ارجاعه إلى اشتراط عدم كونه مسلّطاً عليهما، وهو أيضاً من الأحكام الوضعية المخالفة

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٣٢.
(٢) عوائد الايام ٥٠.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٣٢.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٣٣.
(٥) التعليقة السابقة.
(٦) تعليقة ٣٩٣.
(٧) كتاب المكاسب ٦: ٣٤.

للكتاب، ولا بدَّ من حمل الرواية على هذا المعنى أيضاً كما يقتضيه الجمع بين الأخبار حسبما عرفت.

نعم يشكل الحال بكون البطلان في شرط عدم التزويج والتسرّي اتفاقياً، لكن يمكن منع الاتفاق بدعوى ظهور بعض كلمات المجمعين في إرادة ما ذكرنا من اشتراط الحكم الوضعي، وحينئذٍ تخرج المسألة عن كونها اجماعية، فنأخذ بها بمقتضى القاعدة على ما ذكرنا، فتدبّر.

٣٧٦ ـ قوله ﷺ: (ثم إنّه يشكل الأمر ...الخ)[١].

أقول: التحقيق أنْ يقال: إنَّ معنى الاستثناء (إلا شرط) حرّم ذلك الشرط الحلال، أو حلل الحرام على وجه يوجب مخالفة الكتاب، فليس هذا أمراً وراء الاستثناء المتقدم، بيان ذلك أنَّ ظاهر الخبر كون الشرط محرماً أو محللاً، ولو باعتبار المشروط مع قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء، ومع قطع النظر عن الاسناد إلىٰ الشارع، كما لو قال «بعتك بشرط أنْ لا تكون مسلّطاً على المبيع» مثلاً فانَّه حرم الحلال بنفس هذا الشرط، وإنْ لم يكن مراده عدم السلطنة الشرعية، وحينئذٍ فنقول اشتراط خلاف الاحكام الشرعية كلها داخل تحت الاستثناء، سواء كانت وضعيةً أو تكليفيةً، غاية الأمر أنَّ اشتراط خلاف الحكم التكليفي غير متعارف عند العرف، خصوصاً بلفظ الحلية والحرمة، بمعنى أنّهم لا يشترطون حلية الخمر أو حرمة اللحم.

وأمّا اشتراط خلاف الحكم الوضعي فمتداول، لكن لا بنحو الاسناد إلىٰ الشارع، كاشتراطهم كون الطلاق بيد الزوجة، أو عدم كون الزوج مسلّطاً على التزويج والتسرّي ونحو ذلك، فكلما اشترط ما هو خلاف الحكم الشرعي كان باطلاً.

وأمّا اشتراط فعل شيء أو تركه فانْ كان اشتراط فعل الحرام أو ترك الواجب كان أيضاً داخلاً في المستثنى؛ لأنّه يصدق عليه تحليل الحرام وتحريم الحلال

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٣٥.

عرفاً ولو لم يسنده إلىٰ الشارع، فانَّ إلزام الغير بترك الواجب تحريم له، وإلزامه بفعل الحرام تحليل له عرفاً.

وأمّا إنْ كان فعلَ مباحٍ أو مستحبٍ أو مكروهٍ أو تركَ أحد هذه فليس داخلاً فيه، فهو جائز؛ وذلك لأنَّه وإنْ كان يصدق عليه أنَّه تحليل أو تحريم شرطي، والمفروض أنَّه المراد، إلا أنَّا نقول لا بدَّ من تقييده بما إذا كان على وجه يكون مخالفاً للشرع، وتحليل المباح أو تحريمه على وجه الالزام بالفعل أو الترك لا يكون مخالفاً للشرع، بل المخالف له ما إذا قال «بشرط أنْ لا يكون مباحاً»، والقرينة على ما ذكرنا من التقييد أنَّه لولاه لزم انحصار مورد صحة الشرط في اشتراط فعل الواجب أو ترك الحرام، ومن المعلوم انه ليس كذلك، فيكشف هذا عن أنَّ المراد التحليل والتحريم المقيدين بكونهما خلاف الشرع، وحينئذٍ فيتحد مفاد هذا الاستثناء والاستثناء المتقدم، ويؤيده أنَّه اقتصر في بعض الأخبار على هذا، وفي بعضها على ذاك، هذا إذا جعلنا الحرام والحلال أعم من الوضعي والتكليفي كما هو الظاهر، وإلا فيكون هذا الاستثناء أخص من ذاك كما لا يخفىٰ، هذا كله إذا اشترط فعل أو ترك المباح أو المستحب أو المكروه في الجملة وفي بعض الأزمنة.

وأمّا إنْ اشتراط فعل مباح أو تركه دائماً فالظاهر عدم صحته، وكذا المستحب والمكروه؛ لأنَّه يصدق عليه حينئذٍ عرفاً تحليل الحرام أو تحريم الحلال، كما يؤيده أو يدل عليه ما ورد من عدم جواز الحلف على ترك شرب العصير دائماً، معللاً بأنَّه من تحريم الحلال، فتدبّر.

٣٧٧ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم لا يرد هذا الاشكال** ...الخ)[١].

أقول: نمنع اختصاص الاشكال بتحريم الحلال، بل العكس أيضاً مشكل، بأنَّه إذا فرض دلالة أدلة المحرمات على الحرمة الغير المتغيرة بالشرط وسائر الطوارىء فبطلان شرط خلافها معلوم بنفس تلك الادلة، ولا حاجة إلىٰ الاستثناء،

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٣٧.

بل الانصاف أنّ أصل هذا المعنى الذي بيّنه المصنّف‏ﷺ غير صالح لكونه ضابطة كلية؛ إذ يصير حاصل المعنى كل شرط جائز إلا إذا علم عدم صحته، بأنْ كان الحكم مما لا يمكن تغييره بالشرط، وهذا لا يحتاج إلىٰ هذا المقدار من الاهتمام في بيانه بالاستثناء المذكور، فالأولى ما ذكرناه سابقاً من أنّ المراد من مخالفة الكتاب المخالفة للعمومات والمطلقات فيه، والمراد من التحليل والتحريم أيضاً ما ذكرنا، فتدبّر.

٣٧٨ ـ **قوله**ﷺ: **(بل نفس استثناء الشرط** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ ما فيه، فانّ الاستثناء متساوي النسبة بالنسبة إلىٰ المقامين، فكيف يكون دالاً على إرادة الحرام في نفسه دون الحلال في نفسه؟! وما ذكره لو تمّ فهو دليل خارجي، لا دخل له بقرينة الاستثناء، هذا.

مع أنّ إرادة الحرام لولا الشرط ينافي ما ذكره في بيان الضابطة، من أنّ المراد الحرام الذي لا يتغير بالشرط، فلا تغفل.

٣٧٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ولكن الانصاف** ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفىٰ أنّ الاشكال الذي قرره المصنّف‏ﷺ إنّما هو عدم وجود القسمين في المباحات، وهذا المتخيل قد بيّن وجودهما، فاندفع الاشكال، وأمّا اشكال عدم الفرق بين الموارد بحسب دلالة الدليل فهو إشكال آخر مشترك الورود بين الطرفين؛ إذ في طرف تحليل الحرام أيضاً لا فرق بين أفراد المحرمات بحسب لسان أدلتها، ولسان دليل الشرط كما لا يخفىٰ، فتدبّر.

٣٨٠ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنّ هذا العنوان** ...الخ)[٣].

أقول: يعني الاباحة التكليفية أيضاً قد يكون مما لا يتغير؛ لما ورد من عدم جواز الحلف على ترك شرب العصير، مع أنّه من الاباحة التكليفية.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٣٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٣٨.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٣٨.

قلت: الذي يستكشف من هذه الرواية هو أنّ الالتزام بترك المباح أبداً من تحريم الحلال، ولعل السر فيه ما ذكرنا سابقاً من أنّه يعدّ عرفاً منه، وهذا بخلاف الالتزام بأحد الطرفين في بعض الأزمنة، فنأخذ بالرواية ونستفيد منها حكم ما نحن فيه أيضاً، ونتعدّى إلى غير العصير من المباحات إذا اشترط فعلها أو تركها، فتدبّر.

٣٨١ ـ **قوله ﷺ: (وبالجملة فالفرق ...الخ)**[1].

أقول: لا يخفى أنّ هذا الاشكال ليس اجمالاً للاشكال السابق، بل هو إشكال آخر، وهو كاشف عن فساد الميزان الذي ذكره المصنّف ﷺ، فتدبّر.

٣٨٢ ـ **قوله ﷺ: (وربما قيل ...الخ)**[2].

أقول: القائل صاحب العوائد[3].

٣٨٣ ـ **قوله ﷺ: (لا نريد أنّ معنى الحرمة ...الخ)**[4].

أقول: قد عرفت أنّ هذا هو المراد، ولا بأس به، أمّا في ترك الواجب وفعل الحرام فلا اشكال؛ لما عرفت من صدق التحريم والتحليل عليهما عرفاً، وأمّا في المباح فهو وإنْ كان كذلك أيضاً إلّا أنّ المراد ليس مطلق التحليل والتحريم كما عرفت، بل على وجه يكون موجباً لمخالفة الشرع، والتزام ترك المباح أو فعله ليس كذلك، فلا يلزم الاشكال المشار إليه في كلامه.

٣٨٤ ـ **قوله ﷺ: (مع قطع النظر عن اشتراطه ...الخ)**[5].

أقول: لم أفهم معنى محصلاً لهذا الكلام، ولعل مراده مع قطع النظر عن دليل وجوب الوفاء.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٣٩.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٣٩.
(٣) عوائد الايام ٤٩.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٣٩.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٤٢.

٣٨٥ ـ **قوله**ﷺ: **(فانَّ جعل المكروه أو المستحب** ...الخ)[١].

أقول: لا نسلّم حرمة ذلك ما لم يقصد التشريع ولم يُسند إلىٰ الشارع.

٣٨٦ ـ **قوله**ﷺ: **(أنَّ الشرط كالنذر** ...الخ)[٢].

أقول: يظهر منه عدم الاشكال في النذر وشبهه، وأنَّ عدم الصحة في المذكورات مختص بالشرط، مع أنَّه لا فرق بينهما؛ إذ في النذر أيضاً يشترط الشرط المذكور، أعني أنْ لا يكون محللاً للحرام أو محرماً للحلال، وقد ورد الاستثناء في الحلف الذي هو مثل النذر، فتدبّر.

٣٨٧ ـ **قوله**ﷺ: **(هو تأسيس** ...الخ)[٣].

أقول: لا وجه لهذا التخصيص كما لا يخفىٰ؛ ولهذا لو حرّم الشارع شرب فرد خاص من الخمر يصدق عليه أنَّه حرام، فلا يلزم في صدق التحليل والتحريم كون الحكم كلياً، سواء كان الحاكم هو الشارع أو الشارط كما هو واضح.

٣٨٨ ـ **قوله**ﷺ: **(من وجوب البيع الخاص** ...الخ)[٤].

أقول: لا فرق بينه وبين اشتراط عدم التزويج والتسرّي، إلا أنْ يكون المراد صورة اشتراط بيع خاص من حيث شخص المشتري والزمان والمكان، فتدبّر.

٣٨٩ ـ **قوله**ﷺ: **(وكذا لو شرط نقص الجماع** ...الخ)[٥].

أقول: لم أفهم المراد من هذه العبارة.

٣٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(وبالجملة اللزوم** ...الخ)[٦].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ هذا ليس اجمالاً لما بيّنه، بل هو مطلب آخر، ولا وقع له في

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٤٢.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٤٢.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٤٣.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٤٣.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٤٣.
(٦) كتاب المكاسب ٦: ٤٤.

حد نفسه أيضاً كما لا يخفى؛ إذ لا يتوهم أحد كون ذلك مراداً من تحليل الحرام وعكسه، إذ لا دخل له بالمكلف، بل هو من فعل الشارع.

٣٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(وللنظر في مواضع ...الخ)**(١).

أقول: قد أشرنا إلى بعض تلك المواضع، فلا تغفل.

❑ الخامس: ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد

٣٩٢ ـ **قوله**ﷺ: **(الشرط الخامس: أنْ لا يكون منافياً ...الخ)**(٢).

أقول: تحقيق الحال هذا المجال أنْ يقال: إنَّ الشرط إمّا أنْ يكون منافياً لنفس العقد، كأنْ يشترط عدم العوض في البيع، أو عدم الملكية للثمن، بأنْ يقول «بعتك بشرط أنْ لا تملك» أو قال «وهبتك بشرط أنْ لا تبيع في وفاء الدين» أو قال «بعتك العبد بشرط أنْ يكون منعتقاً، أو بشرط أنْ ينتقل الثمن إلى عمرو» ونحو ذلك.

وإمّا أنْ يكون منافياً لمقتضاه، أي للازمه، والخارج والمقتضي أقسام؛ لأنَّه إمّا أنْ يكون لازماً للعقد المطلق، أو لمطلق العقد، والأول إمّا عرفي أو شرعي، وكل منهما إمّا أنْ يكون بلا واسطة، أو معها بواحدة أو أزيد، والثاني أيضاً إمّا عرفي أو شرعي، وعلى التقديرين إمّا بلا واسطة أو معها.

وعلى التقادير إمّا أنْ يكون كالمقوّم للعقد أو لا، بل يكون حكماً عرفياً أو شرعياً غير منفك، والفرق بين الصورتين أنَّه لو فرض عدمه على الأول يلزمه انتفاء العقد، فهو نظير الجزء المقوّم، وعلى الثاني لا يلزمه الانتفاء، إلا أنَّه لا ينفك ككون الطلاق بيد الزوج، فانَّه لازم شرعي للنكاح، ولا يمكن انفكاكه، إلا أنَّه لا يلزم من فرض عدمه انتفاء حقيقة النكاح، لكن فرض كونه لازماً غير منفك عرفاً مع عدم كونه كالمقوّم، بأنْ يكون حكماً عرفياً غير منفك لا يخلو عن اشكال.

وكيف كان فهذه ثلاثة عشر قسماً، فما كان لازماً للعقد المطلق ـ أي لاطلاق العقد ـ وهي أربعة أقسام لا يكون باطلاً؛ لأنَّ المفروض أنَّه لازم للعقد إذا كان

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٤٤.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٤٤.

مطلقاً، فلا ينافي عدمه مع عدمه.

والأقسام الأُخر كلها باطلة، والدليل على بطلانها:

أولاً: الاجماع في الكل.

وثانياً: أمّا القسم الأول وهو ما كان منافياً لنفس العقد فلعدم تحقق العقد معه؛ إذ هو راجع إلىٰ التناقض، وكذا ما كان منافياً لمقتضى مطلق العقد وكان كالمقوّم العرفي بقسميه من غير ذي الواسطة وذيها.

وأمّا بقية الاقسام ـ وهي ستة ـ فلكون الشرط فيها مخالفاً للكتاب والسنة، أمّا بالنسبة إلىٰ اللوازم الشرعية فواضح، وأمّا بالنسبة إلىٰ العرفية التي ليست كالمقوّم فلكونها شرعياً بعد الامضاء، وأمّا التناقض فلا يجري في شيء من هذه الاقسام حتى فيما هو كالمقوّم الشرعي؛ لأنَّ الحقيقة العرفية محفوظة بالفرض، إلا أنْ يكون تصرف الشارع راجعاً إلىٰ تخطئة العرف في المصداق، إذ حينئذٍ يرجع إلىٰ ما هو كالمقوّم العرفي، غاية الأمر أنَّ أهل العرف لا يفهمون تقويمه.

ومما ذكرنا ظهر أنَّ الوجهين المذكورين في المتن ليسا في محل واحد؛ إذ في بعض الصور يجري الوجه الأول وهو التناقض فقط، وفي بعضها الوجه الثاني، وهو مخالفة الكتاب والسنة فقط؛ إذ مع فرض عدم كون اللازم مقوّماً لا يلزم التناقض، ومعه لا يلزم المخالفة للكتاب؛ إذ هو فرع تحقق العقد، إذ مع عدم تحققه لا معنى لتعليل البطلان بالمخالفة، إذ التمسك بوجود المانع إنّما يصح بعد احراز المقتضي، فتدبّر.

٣٩٣ ـ **قوله ﷺ: (أحدهما وقوع التنافي** ...الخ)[1].

أقول: إنْ كان المراد من هذا التنافي التناقض ففيه:

أولاً: ما عرفت من كون هذا الدليل أخص من المدعى؛ إذ لا يتم إلا فيما كان مقوّماً أو بمنزلة المقوّم العرفي.

وثانياً: أنّه لا وجه لما ذكره أخيراً، من أنّه لا بدَّ إمّا من الحكم بتساقطهما أو

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٤٤.

تقديم جانب العقد؛ إذ مع التناقض لم يحصل عقد حتى يؤخذ به ويطرح الشرط.

وإنْ كان المراد مجرد التنافي بين العقد والشرط، باعتبار أنَّ الأول يقتضي ترتب ذلك اللازم، والثاني يقتضي عدمه ففيه ـ مضافاً إلىٰ كونه أيضاً أخص من المدعى؛ إذ لا يجري فيما لو كان مقوّماً أو بمنزلته، إلّا أنَّ يقال إنَّـه لا يـحتاج إلىٰ الدليـل لوضوح البطلان فيه ـ أنَّ ما ذكره من استحالة الوفاء بهذا العقد المقيد ممنوع؛ إذ لا يلزم من الأخذ بالشرط محذور إلا كونه مخالفاً للكتاب والسنة، إذ مع الاغماض عن هذه الجهة لا بأس بتفكيك اللازم عن العقد.

ودعوى: أنَّ المفروض كونه مما لا يتخلّف، فكيف يمكن التفكيك؟!

مدفوعة: بأنَّ كونه كذلك إنَّما هو مع قطع النظر عن الشرط، والكلام في امكان تأثير الشرط في تخلّفه، كيف؟ ولو كان الغرض صورة العلم بعدم التخلّف حتى مع الشرط فلا حاجة إلىٰ الاستدلال؛ لان هـذا فـي قـوة العـلم بـبطلان الشـرط، والمفروض أنَّه بصدد اثبات هذا المطلب، فكيف يمكن فرض الكلام على تقدير ثبوته؟! وهذا واضح.

وبالجملة: من المعلوم أنَّه لا بدَّ من فرض الكلام فيما كان اللازم غير متخلّف من حيث هو مع الاغماض عن دليل الشرط، وحينئذٍ لو أغمضنا عن الوجه الثاني ـ وهو كونه مخالفاً للكتاب والسنة ـ لا يتم هذا الوجه فلا تغفل.

ثم لا يخفىٰ أنَّ في قوله (بين مقتضاه الذي لا يتخلّف ...الخ) حزازة، إذ ليس التنافي بين مقتضى العقد والشرط، بل بين العقد والشـرط مـن حـيث إنَّ الأول يقتضي ترتب اللازم، والثاني عدمه.

ثم إنَّه ظهر مما ذكرنا ما في تقرير صاحب العوائد أيضاً للدليل العقلي عـلى المطلب، فانَّه قال (ووجه عدم الاعتداد بهذا الشرط أمَّا في القسم الأول فظاهر ـ ومراده منه ما لو كان ذلك المقتضي مقوّماً للعقد لغةً أو عرفاً أو شرعاً ـ قال لأنَّ الاعتداد به مستلزم لتخلف مقتضى العقد الذي هو معنى عدم ترتب الأثر عليه، الذي هو معنى الفساد، وهو يستلزم عدم الاعتداد بالشرط؛ لأنَّ وجوب الوفاء إنَّما

هو إذا كان العقد صحيحاً باقياً)[١] انتهى.

إذ مع فرض التقويم العرفي أو اللغوي لا يتحقق عقد حتى يلزم من صحة الشرط عدم صحته، بل نفس الشرط منافٍ لتحقق العقد، لا الاعتداد به، ومع فرض التقويم الشرعي فقط ـ بأنْ يكون العقد محفوظاً عرفاً ـ لا يلزم من صحة الشرط فساد العقد؛ إذ غاية الأمر تفكيك اللازم الشرعي بسبب الشرط، ولا بأس به مع الاغماض عن كونه مخالفاً للكتاب والسنة، والكلام مع هذا الفرض، إذ يذكر المخالفة وجهاً آخر.

ثم إنَّه ذكر وجهاً آخر أيضاً وقال بجريانه في اللازم الغير المقوّم أيضاً، وهو أنَّه يحصل التعارض بين عمومات الوفاء بالشرط وأدلة صحة العقد، فيرجع إلىٰ أصل الفساد وعدم لزوم الوفاء.

وفيه: أنَّ التعارض فرع تحقق أصل العقد، وفي صورة التقويم ـ وهو القسم الأول في كلامه ـ لم يتحقق عقد من جهة التناقض، نعم يتم فرض التعارض في القسم الثاني ـ وهو صورة عدم التقويم ـ لكن ليس بين دليل صحة أصل العقد ودليل الشرط، بل بين ما دلَّ على ترتب ذلك المقتضي وبين دليل الشرط، ومن المعلوم أنَّ دليل الشرط حاكم على سائر الأدلة، فلا بدَّ مع الاغماض عن مخالفة الكتاب والسنة من العمل بالشرط أو الحكم بالتخلّف، ففي القسم الأول لا يتصوّر التعارض، وفي القسم الثاني لا يضر بعد معلومية حكومة أدلة الشرط، فالتحقيق في الاستدلال ما ذكرنا، فلا تغفل.

٣٩٤ ـ **قوله ﷺ: (وإنَّما الاشكال** ...الخ)[٢].

أقول: الانصاف عدم الاشكال في تشخيص الصغريات أيضاً بحسب الأدلة؛ إذ فيما يكون مقوّماً حقيقية أو بمنزلة المقوّم عرفاً فحاله واضح بالنظر إلىٰ العرف، وفيما لا يكون كذلك فمرجعه أدلة ثبوت ذلك المقتضي، فانْ كان الدليل الدال

---

(١) عوائد الايام ٥١.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٤٥.

عليه مطلقاً نحكم بفساد الشرط، وإلا فلا، كما ذكرنا في مسألة المخالفة للكتاب والسنة، بل هذا عين تلك المسألة.

ومن ذلك يظهر أنّه لا وجه لاعادة المصنّف بيان الاشكال بعد ما ذكره في تلك المسألة، وذكر موارد الاشكال، نعم الاشكال إنّما هو في كلمات العلماء، ولا يلزم متابعتهم بعد وضوح الحكم بحسب الأدلة إلا أنْ يكون هناك اجماع منهم على خلاف ما يقتضيه الادلة، وهو غير متحقق في مقام من المقامات المذكورة في كلام المصنّف، وسنبين حال كل واحد من هذه الموارد.

٣٩٥ ـ قوله ﷺ: (أو غرضاً أصلياً ...الخ) (١).

أقول: الظاهر أنّه من عطف الخاص على العام؛ لأنَّ ما يكون كذلك لا بدَّ وأنْ يكون مقوّماً، ولو فرض عدمه نمنع ايجابه البطلان.

٣٩٦ ـ قوله ﷺ: (وإنْ تكلّف له بعض ...الخ) (٢).

أقول: لعل ما ذكره ذلك البعض في مثال المنع عن البيع وتجويز العتق أنَّ الثاني مؤكد للسلطنة؛ إذ هو تصرف في المبيع بالعتق أو نحوه، بخلاف المنع عن البيع فانّه نفي للسلطنة، وفيه ما لا يخفىٰ، فتدبّر.

٣٩٧ ـ قوله ﷺ: (مثلاً المعروف ...الخ) (٣).

أقول: ظاهر كلامه أنّه مثال لما ذكره من أنّه قد يكون اتفاقهم على الجواز في بعض المقامات، واتفاقهم على عدمه فيما يشبهه، مع أنَّ الاتفاق على جواز اشتراط العتق مسلم، لكن الاتفاق على المنع عن البيع والهبة ممنوع؛ لما سينقله عن التذكرة من الاشكال فيه، وأنّه قوّىٰ بعض من تأخر صحته.

٣٩٨ ـ قوله ﷺ: (وجواز اشتراط عتقه ...الخ) (٤).

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٤٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٤٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٤٥.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٤٥.

أقول: إمّا أنْ يشترط العتق عن نفسه، أو عن البائع، أو الاجنبي، والمعروف الجواز في الجميع، بل عن جماعة الاجماع على العنوان المطلق الشامل الصور، وعن التذكرة[١] الاجماع على الصحة في خصوص الثاني أيضاً، ولا خلاف في الأول كما في الجواهر[٢]، وأمّا في الثاني وهو العتق عن البائع ـ الذي مثله الثالث ـ حكي عن ظاهر القواعد[٣] أنّه منع منه، وكذا عن الشهيدين في الدروس[٤] والروضة[٥]، وعن الفاضل المقداد أيضاً، ونظرهم إلىٰ أنّه لا عتق إلا في ملك.

ويجاب: بأنّه يكفي كون المُعْتِق مالكاً، ولا يلزم مالكية المُعْتَق عنه، مع أنّه يمكن أنْ يقال بالملك التقديري، وكيف كان هذا الخلاف لا دخل له بمقامنا، إذ لا اشكال عندهم في أصل صحة الشرط، وإنّما جهة الاشكال عدم كون العتق في ملك، وهذا لا دخل له بمنافاة مقتضى العقد.

٣٩٩ ـ قوله ﷺ: (وهذا لو تمّ ...الخ)[٦].

أقول: يشير إلىٰ أنّه غير تمام في نفسه، ولعله لأنّ الشرط إذا كان منافياً لمقتضى العقد ـ بحيث يلزم التنافي بين مقتضاهما ـ لا يمكن أنْ يسوّغه بناء العتق على التغليب، مع أنّ مجرد هذا لا يصير دليلاً، نعم لو كان دليل خاص أمكن جعله حكمة للحكم، وليس موجوداً، وإنّما حكم الفقهاء بالصحة بمقتضى القاعدة، هذا إذا كان المنافاة من جهة كون اللازم مقوّماً.

وأمّا إذا لم نجعله كذلك كما هو كذلك، وإنّما كانت من جهة المخالفة للكتاب والسنة فينحصر وجه عدم التمامية في الثاني، وهو ما ذكرنا من أنّ مجرد ذلك لا يصير دليلاً.

---

(١) التذكرة ١٠: ٢٦٦.
(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٠٥.
(٣) حكاه عنه الجواهر ٢٣: ٢٠٥.
(٤) الدروس الشرعية ٢: ١٨٣.
(٥) الروضة البهية ٣: ٥٠٦.
(٦) كتاب المكاسب ٦: ٤٦.

٤٠٠ ـ **قوله ﷺ: (فانّ المشهور عدم الجواز ...الخ)**[١].

أقول: التحقيق هو الجواز لعدم كونه مخالفاً للمقتضي ولا للشرع، ولا فرق بينه وبين اشتراط البيع أو العتق أو نحو ذلك مما أجمعوا على جوازه.

ودعوى الفرق بأنّ اشتراط البيع مؤكد للسلطنة، بخلاف اشتراط عدمه كما ترىٰ، ومخالفة المشهور لا بأس بها بعد معلومية كون نظرهم إلىٰ كونه مخالفاً للمقتضي، لا إلىٰ دليل خاص لم نصل إليه، والاجماع غير محقق؛ لما عرفت من استشكال العلامة في التذكرة، بل عن الرياض[٢] الميل إلىٰ الجواز، ونقله عن بعض، وظاهر النافع أيضاً ذلك؛ حيث قال (المروي الجواز) وعن ايضاح النافع (أنّ الجواز غير بعيد)[٣] فالحق الجواز.

٤٠١ ـ **قوله ﷺ: (ومنها: ما ذكره في الدروس ...الخ)**[٤].

أقول: تحقيق الحال في هذا الشرط على سبيل الاجمال أنْ يقال: إمّا أنْ يكون الشرط في عقد البيع، بأنْ اشتريا حيواناً أو غيره بالشركة واشترطا التفاوت في الربح والخسران، وإمّا أنْ يكون في عقد التشريك، كأنْ كان له حيوان أو غيره فشرّك فيه غيره مع الشرط المذكور، وإمّا أنْ يكون في عقد الشركة، بأنْ امتزجا ماليهما على هذا الشرط، وإمّا أنْ يكون في عقد آخر، كأنْ باع ماله من زيد على أنْ يكون مالهما المشترك بينهما بسبب الارث أو غيره من اسباب الشركة كذلك.

ثم قد يكون الشرط على الوجه المذكور في المتن، وقد يكون باختصاص الربح بأحدهما والخسران بالآخر، وقد يكون باختلافهما في الربح والخسران على غير ما يقتضيه النسبة بين ماليهما، ومورد كلام الفقهاء في مسألة بيع الحيوان ما ذكره في المتن، لكن عنوان الفقهاء أنّه لو قال «اشتر حيواناً بشركتي على كذا».

ومورد النص ما يظهر من المتن من كون الحيوان لأحدهما فشرّك الآخر على

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٤٦.
(٢) الرياض ٥: ١٦٣.
(٣) حكاه عنهما الجواهر ٢٣: ٢١٠.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٤٦.

الشرط، ففي صحيحة رفاعة (سألت أبا الحسنعليه السلام عن رجل شارك آخر في جارية له، وقال: إنْ ربحنا فيها فلك نصف الربح، وإن كان وضعية فليس عليك شيء؟ فقالعليه السلام: لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية)[١].

ومثله خبر أبي الربيع عن الصادقعليه السلام ـ إلا أنَّه قال: ـ (لا أرى بهذا بأساً إذا كانت الجارية للقائل)[٢].

وكلمات الفقهاء في هذا المورد مختلفة، فعن الشهيد في الدروس[٣] ما في المتن من كون الحكم على طبق القواعد، وعن الحلي[٤] البطلان حتى في مورد النص، وظاهر المحقق في الشرائع الصحة في خصوص الحيوان؛ حيث قال (المروي الجواز إلا أنَّه تعدِّي عن مورد الرواية ـ الذي هو الجارية ـ إلىٰ مطلق الحيوان)، وعن التنقيح الاجماع على عدم اطراد الحكم في غير مورد النص، ومقتضى القاعدة مع كون الحكم على خلافها القصر على خصوص الجارية مع التخصيص بالتشريك، لا في فرض المحال الذي هو ما لو قال اشتر حيواناً بالشركة.

والحق أنْ يقال: إنْ كان المراد من الربح والخسران ما يتحقق بعد البيع، أي بيع العين المشتركة مع كونها باقية على الشركة إلىٰ حين البيع فمقتضى القاعدة بطلان اشتراط خلاف ما يقتضيه الاشتراك بين الشخصين، من كون الربح والخسران بنسبة المالين، سواء كان الشرط في ضمن عقد الشراء على وجه الشركة، أو في عقد التشريك، أو في عقد لازم آخر، أو في عقد الشركة؛ وذلك لاستلزامه صيرورة عوض مال شخص لشخص آخر، فانَّه إذا كان المبيع مشتركاً بينهما بالنصف مثلاً فمقتضى القاعدة كون نصف الثمن لهذا، ونصفه الآخر لذاك، واشتراط التفاوت يقتضي أنْ يكون ثلثاه ـ مثلاً ـ لواحد، وثلثه لآخر، وهذا لا يصح؛ إذ لا معنى

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب بيع الحيوان، ح ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب بيع الحيوان، ح ٢.
(٣) الدروس الشرعية ٣: ٢٢٣.
(٤) السرائر ٢: ٣٤٩.

لدخول العوض في ملك غير من خرج عنه المعوّض؛ وذلك لأنَّ الثمن مقابل نفس المبيع، والترقّي بحسب القيمة السوقية ليس مثل الزيادة المنفصلة كالثمر للشجر أو الصوف للغنم.

نعم، لو اشترط كون الربح له بعد صيرورته للمالك على مقتضى الشركة جاز؛ لأنَّه من قبيل شرط النتيجة، وكذا لو كان المراد صيرورة حصة أحدهما من العين أزيد مما كانت بمجرد حصول الترقّي بمقدار تفاوت الربح، مثلاً إذا كانت العين تسوى من الأول ستة عشر درهماً لكل واحد، نصفها مقدار ثمانية درهم، فترقت إلىٰ ثلاثين درهماً، وفرض أنَّهما اشترطا كون سبع الربح لأحدهما، وللآخر ستة أسباع، إذ حينئذٍ يلزم أنْ يكون العين مشتركة حين حصول الترقّي بالثلث والثلثين؛ إذ لصاحب السبع درهمان، ورأس ماله ثمانية يصير المجموع عشرة، وللآخر ستة أسباع، إثني عشر درهماً، ورأس ماله ثمانية يصير المجموع عشرين، فيكون له ثلثا العين، وللأول ثلثها، فلو قلنا بصحة اشتراط النتيجة ـ وهو كون بعض ماله للآخر، وأغمضنا عن كونه شرطاً مجهولاً ـ فلا بأس به.

وكذا لو كان المراد كون أحدهما مالكاً في ذمة الآخر مقدار رأس المال، وكون المجموع الموجود للآخر فيما إذا اشترطا كون الربح والخسران لأحدهما، وللآخر رأس المال.

وكذا إذا كان المراد كونه مالكاً في هذا الموجود مقدار رأس المال في الفرض المذكور، بأنْ يكون من قبيل الكلي في المعين، وعلى هذا التقدير لا يخرج عن الشركة بعد الشرط، بخلافه على سابقه؛ إذ بمجرد هذا الشرط يصير جميع الموجود لأحدهما في الفرض السابق، والشرط على أحد هذين الوجهين إنَّما يصح في غير عقد الشركة؛ إذ لو اشترط ذلك في ابتدائها لا يحصل هناك شركة، نعم بعد حصول الشركة بسبب من الاسباب ـ ولو بعقد الشركة ـ يصح الشرط المذكور إذا كان في ضمن عقد من العقود، أو قلنا يجوز الشرط البدوي، فيصح مستقلاً أيضاً.

فانْ قلت: إذا فرضنا كون رأس المال يساوي نصف العين حين الشرط، فاذا صار مالكاً للكلي المعادل له يصير مالكاً للنصف، فلا وجه لصيرورة ماله بعد ذلك أقل أو أكثر، فانَّ ربح ذلك النصف وخسرانه يكون له وعليه، فلا معنى لصيرورته بعد ذلك ثلثاً أو ربعاً أو أزيد.

قلت: مالكيته للنصف ـ مثلاً ـ قد يكون بما هو نصف، ولازمه ما ذكرت، وقد يكون من حيث انطباق كلي معادل كذا عليه، ولازمه التفاوت بحسب التفاوت في القيمة، فقد يكون على النصف، وقد يكون منطبقاً على الثلث، وقد يكون منطبقاً على الثلثين وهكذا، فتدبّر.

هذا، وأمَّا إذا كان المراد من الربح والخسران النماء المتصل أو المنفصل؛ بحيث لا يتوقف استيفاؤه على بيع المال، كأنْ اشتركا في حيوان فصار ذا لبن أو صوف، أو شجر فصار مثمراً ونحو ذلك، واشترط كون النماء لأحدهما فقط، أو اشتراكهما فيه بالاختلاف ونحو ذلك من انحاء الشرط فلا بأس به؛ إذ هو كاشتراط كون نماء ماله لشخص آخر بناءً على صحة اشتراط النتيجة.

وأمَّا ما يقال من أنَّ ذلك غير صحيح في عقد الشركة؛ لمنافاته مقتضاها ففيه منع كون مقتضى الشركة التساوي في النماء مطلقاً حتى مع الشرط، فتدبّر.

هذا، ولو سلمنا كون مقتضاه شركتهما في الربح والخسران فلا نسلّم كون مقتضاه تساويهما فيهما، فلو اشترطا زيادة لأحدهما صح.

وأمَّا الوجه الذي ذكره الفقهاء لفساد اشتراط زيادة لأحدهما في عقد الشركة، من أنَّ أكل هذه الزيادة أكل المال بالباطل إذا لم يكن في مقابلها عمل ممن اشترطت له ؛ حيث إنَّه ليست بهبة، ولا مشروطاً في عقد تجارة حتى يصير جزءً من أحد العوضين؛ لأنَّ عقد الشركة ليس من التجارة، وعلى فرضها ليست لازمة؛ فلا يلزم الشرط فيها، وهذا بخلاف ما إذا كان في مقابلها عمل، فانَّ الشركة حينئذٍ بالقراض أشبه، ففساده غني عن البيان؛ إذ لا يلزم كون الشرط جزءً لأحد العوضين، ولا كونه في ضمن عقد التجارة.

ثم لا نسلّم أنّ عقد الشركة من العقود الجائزة، ومجرد جواز مطالبة القسمة لا يستلزم ذلك، وعلى فرضه لا نسلّم أنّ الشرط في العقد الجائز جائز كما سيأتي بيانه[1].

ثم إذا قلنا بعدم الصحة في غير صورة العمل فلازمه ذلك في صورة العمل أيضاً، إذ هو لا يلحقه بالقراض، ومجرد شباهته به لا يثمر ذلك كما لا يخفى.

فالتحقيق صحته مع الاغماض عن الوجه الذي ذكرنا في الصورة التي ذكرنا، فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ اشتراط خلاف ما يقتضيه الشركة إنْ كان في الربح والخسران اللذين لا يتحققان إلا ببيع مال الشركة فهو باطل، إلا أنْ يكون المراد كون الربح له بعد صيرورته لمالكه، أو كون الخسران عليه بعد كونه على مالك المال، بأنْ يرجع إلى اشتراط اعطاء ما يقابل الخسران، ولو من عين الثمن المشترك، فانّه لا بأس به مع الاغماض عن كونه من الشرط المجهول.

وكذا إذا اشترط كون رأس المال لأحدهما، والربح والخسران للآخر، بارادة كون ذلك في ذمته، مع كون تمام الموجود له، أو بارادة كونه مالكاً لما يساوي رأس المال من العين، إنْ نصفاً فنصف، وإنْ ثلثاً فثلث، وهكذا على نحو الكلي في المعين، وإنْ كان في النماء الذي لا يتوقف على بيع المال، أو الخسران بمعنى نقصان العين فلا بأس به.

ويؤيد بعض ما ذكرنا ما ورد في باب الصلح من الأخبار الدالة على جواز الصلح على كون رأس المال لأحدهما، والربح والخسران للآخر، وقد أفتى به الفقهاء إلّا أنّ منهم من قيد ذلك بما بعد انتهاء الشركة، وحين إرادة القسمه، ومنهم من أطلق، فتدبّر وراجع، وتمام تحقيق كلي هذه الصور يقتضي بسطاً آخر لسنا بصدده، والغرض الاشارة الاجمالية ليكون الناظر ملتفتاً إلى الجهات حتى يراجع محل المسألة.

---

(١) تعليقة ٤٥٦.

٤٠٢ ـ قوله ﷺ: (ومنها: ما اشتهر ...الخ)[١].

أقول: التحقيق أنَّ اشتراط الضمان في العارية والاجارة ليس مخالفاً لمقتضى العقد؛ إذ عقدهما لا يقتضي عدم الضمان؛ إذ ليس حقيقتهما الاستيمان، بل غاية الأمر أنّه لا يقتضي الضمان، فلا ينافيه اشتراطه، وذلك لامكان تحقق العارية بدون تسليط المستعير على العين، بأنْ يكون المالك مصاحباً له مسلّطاً على ماله، كما إذا أعاره حماره ليركب، وكذا الاجارة، نعم في الغالب يستأمنه في العين ويسلّطه عليها، لكن هذا أمر وراء حقيقة العقدين، وهذا بخلاف الوديعة فانَّ حقيقتها تسليطه على العين على وجه الاستنابة في الحفظ، فتضمينه منافٍ لحقيقته، هذا.

ولكن شرط الضمان في الاجارة والعارية مخالف للشرع؛ إذ يرجع إلىٰ تضمين من ليس ضامناً؛ إذ بعد عدم المقتضي للضمان حيث إنَّ المفروض أنَّ يده على العين كيد المالك، يصير كما لو شرط ضمان مال آخر في يد المالك، ومن المعلوم مخالفته للكتاب والسنة؛ إذ لا معنى لكون تلف مال شخص من كيس آخر إلّا أنْ يراد منه تمليك ما يعادل قيمة المال من غير إرادة الضمان، بمعنى كون الخسارة عليه، وكونه تالفاً من كيسه.

والحاصل: أنَّ يد المستأجر والمستعير لما كانت بمنزلة يد المالك ـ حيث إنّه جعلهما أميناً له بعد العقد وحين القبض ـ فلا مقتضي للضمان، كما لا مقتضي له بالنسبة إلىٰ سائر أمواله التي في يده، وعلى هذا فلا بدَّ من جعل ما ورد في العارية من جواز شرط الضمان مخصصاً للقاعدة، أو كاشفاً عن أنَّ الحكم فيها قابل للتغيير، وأنَّ عدم الضمان فيها من حيث هو هو، وإلا فاليد فيها مقتضيه للضمان مع الاشتراط.

وكيف كان فقد ظهر مما ذكرنا أنّه لا دخل لهذه المسألة بمقامنا من كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، فلا وجه لكلام المصنّف ولا الاصحاب في هذا الباب، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٤٧.

٤٠٣ ـ **قوله ﷺ: (ومنها: اشتراط عدم اخراج ...الخ)**[١].

أقول: لا اشكال في هذه المسألة بحسب الحكم، فانّ الشرط المذكور صحيح؛ إذ ليس مخالفاً لشيء؛ لأنّه لم يشترط عدم السلطنة، وإنّما اشترط عدم الاخراج، فهو كاشتراط ترك مباح، مع أنّه لو اشترط عدم السلطنة أيضاً صحيح ما لم يسند إلىٰ الشرع؛ إذ هذا لا ينافي كون الرجل قوّاماً على المرأة، فانّه نظير اشتراط كون ماله الفلاني للغير؛ حيث إنّه لا ينافي قاعدة تسلّط الناس على أموالهم، بل مؤكد له، هذا مع أنّ النص الخاص موجود، وكذا لا اشكال فيها بالنظر إلىٰ كلمات العلماء؛ إذ المشهور على الصحة، ومجرد وجود الخلاف لا يقتضي الاشكال، خصوصاً مع كون المخالف نادر أو معلّلاً بوجه عليل.

٤٠٤ ـ **قوله ﷺ: (ومرجع القولين ...الخ)**[٢].

أقول: التحقيق في هذه المسألة أيضاً بطلان الشرط؛ لأنّه كاشتراط توريث الأجنبي.

لا يقال: المقتضي ـ وهو العقد ـ موجود، غاية الأمر أنّ الانقطاع مانع، والقدر المسلم من مانعيته صورة عدم الشرط.

لانا نقول أولاً: وجود المقتضي غير معلوم، فانّ المقتضي هو العقد الدائمي.

وثانياً: غاية الأمر كونه كالوارث الكافر أو القاتل، فكما لا يصح الشرط فيهما فكذا في المقام، هذا مع الاغماض عما دلّ من الاخبار على أنّ من حدود المتعة أنْ لا ترث، نعم في بعض الأخبار ما يظهر منه جواز الاشتراط، لكنه مع معارضته بما هو نص في عدم الصحة، يمكن كون المراد منه الوصية باعطاء شيء يساوي حصة الزوجة الوارثة.

ثم إنّ هذه المسألة لا ربط لها بمسألة مخالفة مقتضى العقد، إذ غاية الأمر أنّ الانقطاع لا يقتضي التوارث، لا أنّه يقتضي العدم، ولا ينافي ذلك قوله عليه السلام (من

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٤٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٤٨.

حدودها أنْ لا ترث)[١]، إذ الظاهر أنَّ المراد رفع توهم كونها كالزوجة الدائمة، فما نحن فيه نظير اشتراط عدم التزويج والتسرّي، فانَّ التسلّط عليهما ليس من مقتضيات عقد النكاح حتى يكون اشتراط عدمها منافياً للمقتضي، فهو كسائر الشروط المخالفة للكتاب والسنة التي لا ربط لها بمقتضى العقد، مثلاً إذا اشترط في عقد البيع عدم التسلّط على بيع ماله الفلاني لا يقال إنّه منافٍ لمقتضى العقد، بل هو مخالف للشرع ؛ إذ البيع لا يقتضي السلطنة عليه ولا على عدمه، وكذا في المقام عند[٢] الانقطاع لا يقتضي التوارث، فلا وجه لعدِّه من المقام، فتدبّر.

٤٠٥ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم قال ودفع ذلك ...الخ)**[٣].

أقول: الانصاف أنّه لا عسر فيه، فانّه لا يعدُّ من منافيات المقتضي، ولا من مخالفة الشرع.

٤٠٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وكذا القول في خيار الحيوان ...الخ)**[٤].

أقول: هذا أيضاً لا اشكال فيه؛ إذ اشتراط السقوط راجع إلىٰ الاسقاط الاختياري غاية الأمر أنَّ سببه نفس الشرط؛ فهو كاشتراط كون ماله الفلاني لزيد، فهو لا ينافي سلطنة الناس على حقوقهم وأموالهم.

والحاصل: أنَّ الخيار لما كان من الحقوق القابلة للاسقاط فلا بأس باشتراط عدمه الذي هو في معنى اسقاطه، ودعوى أنّه من اسقاط ما لم يجب قد عرفت الجواب عنها سابقاً[٥] من أنّه اسقاط في محل الثبوت والوجوب، وهذا لا مانع منه عقلاً، والاجماع على عدم صحة الاسقاط قبل الوجوب ولو باعتبار زمان الثبوت والوجوب إنّما هو فيما لم يتحقق المقتضي للثبوت أيضاً، كما إذا اشترط سقوط الخيار في العقد الذي يوجده غداً، أو انشاء اسقاطه كذلك، لا مثل المقام، فتدبّر.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب المتعة، ح ٨.
(٢) هكذا في الاصل، والظاهر أنها «عقد».
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٤٩.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٤٩.
(٥) ج ٢: تعليقة ٧٥٧.

٤٠٧ ـ **قوله**ﷺ: **(فانّ ذلك ينافي منع اشتراط ...الخ)**[١].

أقول: لا نسلّم بطلان اشتراط عدم البيع والوطيء كما عرفت، ومجرد فتوى المشهور بالمنع لا يوجب الاشكال بعد تعليلهم بالمنافاة الذي نرى عدمه، فتدبّر.

٤٠٨ ـ **قوله**ﷺ: **(أقول: وضوح المنافاة ...إلىٰ قوله: وإنْ كان الغير العرف ...الخ)**[٢].

أقول: هذا يؤيد صحة ما ذكرنا من الاشكال على الوجه العقلي الذي ذكره سابقاً، حيث قلنا إنّه لا يتم إلا فيما كان مقوِّماً أو كالمقوِّم، ولا يحتاج إلىٰ التقرير الذي ذكره من أنّه لا بدَّ إمّا أنْ يحكم بتساقطهما ...الخ.

٤٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(أصالة ثبوت ذلك ...الخ)**[٣].

أقول: يعني أصالة عدم جعل الحكم على الوجه الآخر، وإلا فمن المعلوم أنَّ مقتضى الأصل ليس ثبوته على الوجه الثاني، ومع ذلك قد عرفت عدم صحة هذا الأصل؛ لأنّه من الأصل المثبت فراجع.

تنبيه: الأولى لمن جعل هذا العنوان مقابلاً لعنوان الشرط السابق بجعله شرطاً آخر كالمصنف أنْ يقتصر على ما يكون منافياً للمقتضي العرفي الذي يستلزم التناقض، ولا يذكر فيه ما يكون منافياً للمقتضي الشرعي الذي دليل بطلانه كونه مخالفاً للكتاب والسنة؛ إذ هو مندرج في الشرط السابق، فانَّ المخالف للكتاب والسنة أعم من أنْ يكون من مقتضيات العقد أو لا، والمفروض أنَّ دليل بطلانه أيضاً ليس إلا كونه مخالفاً؛ إذ الدليل العقلي السابق لا يجري فيه؛ فلا وجه لتعميم هذا العنوان، مع كون السابق أيضاً أعم؛ لاستلزمه التكرار حسبما صدر من المصنّف، فلا تغفل.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٤٩.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٥٠.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ٥١.

❑ السادسس: ان لا يكون الشرط مجهولاً

٤١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(أنْ لا يكون الشرط مجهولاً**...الخ)[١].

أقول: التحقيق عدم بطلان الشرط المذكور؛ وذلك لعدم الدليل على اعتبار العلم فيه، وإنْ كان بمنزلة الجزء من أحد العوضين، إلا إذا كانت الجهالة بحيث لا تؤول إلىٰ العلم أصلاً، كما إذا قال «بعتك بشرط أنْ تعطيني شيئاً أو تفعل إليَّ فعلاً»، وإلا فالجهالة التي لها واقع معين ولو كانت مثل ما إذا قال «بشرط أنْ تفعل ما يقوله زيد» ليست مضرة.

والوجه في بطلان القسم الأول أنَّ البيع معه يُعدُّ غررياً فيشمله قوله (نهى النبيﷺ عن بيع الغرر)[٢]، بخلاف الثاني إذ هذا الخبر لا يشمله.

وأمَّا الخبر الآخر المروي عن العلامة من قولهعليه السلام (نهى النبيﷺ عن الغرر)[٣] فليس معتبراً؛ إذ هو مرسل غير منجبر.

وأمَّا الاجماع على بطلان المعاملة الغررية فغير شامل للمقام، إذ القدر المسلّم منه ما يكون كالبيع مبنياً على المغانبة كالاجارة والصلح في مقام البيع ونحو ذلك، فالاجماع على التعدّي عن البيع إنَّما هو في الجملة.

وأمَّا الدليل الدال على اعتبار العلم في العوضين فهو أيضاً غير مفيد؛ إذ هو إمَّا الاخبار الخاصة ببعض الموارد، وإمَّا الاجماع، والقدر المتيقن منه غير المقام.

والحاصل: أنَّ الشرط تابع غير مقصود بالاصالة، فالغرر والجهالة فيه لا يسري إلىٰ أصل البيع حتى يشمله ما دلَّ على اعتبار المعلومية في العوضين، ولا دليل على اعتبارها في نفسه من حيث هو هو.

٤١١ ـ **قوله**ﷺ: **(بناءً على أنَّ المنفي** ...الخ)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٤٠ من ابواب آداب التجارة، ح ٣.
(٣) التذكرة ١: ٤٦٦، ٤٨٨، ٤٩١.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٥٢.

أقول: قد عرفت عدم تمامية المبنى؛ إذ لا دليل عليه إلا مرسل العلامة، والاجماع، والأول غير منجبر، والثاني القدر المتيقن منه غير مثل الشرط.

٤١٢ ـ **قوله** ﷺ: **(مقداراً من الغرر** ...الخ)[1].

أقول: هذا ممنوع، نعم يستلزم مقداراً من الغرر، لكن لا يسري إلىٰ العوضين، وعلى فرضه نمنع البطلان بهذا القدر.

٤١٣ ـ **قوله** ﷺ: **(ومن ذلك يظهر** ...الخ)[2].

أقول: يعني مما ذكرنا من استلزامه مقداراً ...الخ يظهر عدم الفرق بين الشرط والجزء.

٤١٤ ـ **قوله** ﷺ: **(إلا إذا عدَّ المشروط** ...الخ)[3].

أقول: هذا منافٍ لما ذكره من أنّه يستلزم دائماً مقداراً من الغرر، مع أنَّ الشرط في الغالب يعدُّ تابعاً غير مقصود، بل هو كذلك دائماً، وإنْ كان بحسب قصدهما مقصوداً بالاصالة؛ إذ المدار على الانشاء، لا على بحسب[4] الانشاء يلحقه حكم التابع وإنْ لم يكن كذلك بحسب الغرض النفسي، فما ذكره الشهيد من أنَّ جعل الحمل جزء كجعله شرطاً في اغتفار الجهالة كما ترىٰ، والحق ما ذكره العلامة من الفرق، والاختلاف بحسب الاختلاف التغيير، فتدبّر.

❑ السابع: أن لا يكون الشرط مستلزماً المحال

٤١٥ ـ **قوله** ﷺ: **(أن لا يكون مستلزماً المحال** ...الخ)[5].

أقول: من هذا الباب ما لو فرضنا ماله المعين لزيد على تقدير وجوب كنس المسجد عليه، كما إذا نذر ذلك، وقلنا بصحة هذا النذر، أو شرطه على نفسه في

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥٢.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٥٢.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٥٣.
(٤) هكذا في الاصل.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٥٣.

ضمن عقد، وفرض بيعه بعد ذلك لذلك المال من عمرو، وشرط عمرو عليه كنس المسجد، فانَّ صحة هذا الشرط تستلزم وجوب الكنس عليه، ومعه يخرج ذلك المال عن ملكه إلىٰ ملك زيد، ومعه يبطل البيع، فلا يصح الشرط، فهذا الشـرط يستلزم عدم صحته.

فانْ قلت: إنَّ ملكية زيد فرع للوجوب الذي هو في عرض الدخول في ملك عمرو، فهو متأخر عن ملكية عمرو، فلا تأثير لهذا الشرط في الخروج إلىٰ ملك زيد؛ إذ هو نظير ما إذا أخرجه عن ملكه قبل حصول المعلق عليه، فيبقى الوجوب بلا تأثير، إذ لا مورد للدخول في ملك زيد بعد خروجه عن ملكه قبل تحقق شرط ملكيته.

قلت: نمنع تأخر ملكية زيد عن ملكية عمرو، غاية الأمر تأخره عن الوجوب الذي هو في عرض ملكية عمرو، وهذا لا يوجب تأخره عنها؛ إذ ما في طول ما في عرض شيء لا يلزم أنْ يكون في طول ذلك الشيء أيضاً، مثلاً معلول أحد معلولي علة ثالثة سابقة لا يكون إلا متأخراً عن علته، لا عن ما في عرض علته من المعلول الأخر؛ إذ التأخر إنَّما هو من حيث الرتبة، والمفروض عدم العلية بينه وبين ذلك المعلول الأخر، ففي المقام نقول ملكية زيد إنَّما تكون متأخراً طبعاً عن الوجوب، وهو في عرض ملكية عمرو، ويلزم من ذلك أنْ تكون ملكية زيد في طول ملكية عمرو حسبما عرفت؛ حتى يجب تقدّمها عليها، فتدبّر.

٤١٦ ـ **قوله ﷺ: (الفرق ظاهر ... الخ)**[1].

أقول: محصل مرامه أنَّ بيع الشيء على مالكه من حيث هو غير معقول، بخلاف بيعه على غير مالكه وإنْ كان البائع غير مالك، فانَّه من حيث هو معقول، فاذا فرضنا توقف الملكية للمشتري على العمل بالشرط، فمع قطع النظر عن صحة البيع لا يعقل بيعه على المالك، بخلاف بيعه على الأجنبي فيصح الشرط في الأول دون الثاني؛ لعدم توقف العمل بالشرط من حيث هو على صحة البيع الأول فيه حتى

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥٤.

يلزم الدور.

ولكن لا يخفىٰ أنّ تمامية هذا الفرق موقوفة على كون الشرط مجرد انشاء البيع الصحيح من جميع الجهات إلا جهة عدم كون البائع الثاني مالكاً، بحيث لو فرض كونه مالكاً كان البيع صحيحاً؛ إذ حينئذٍ الفرق ظاهر؛ حيث إنّ انشاء التمليك على المالك الأول غير صحيح إلا بعد صحة البيع الأول، هذا.

وأمّا لو كان الشرط تمليك البائع أو الغير على وجه يحصل الملكية الفعلية فلا يتم الفرق؛ إذ صحة البيع الثاني بهذا الوجه تتوقف على صحة البيع الأول، وإلا كان فضولياً، وهو غير مقصود بالشرط، هذا.

ولكن مع ذلك لا يتم ما ذكره العلامة، إذ هو فرع كون العمل بالشرط معتبراً في صحة البيع، مع أنّه ليس كذلك، بل هو شرط في لزومه فلا دور، فكأنّ نظره ﷺ إلىٰ الشرط الاصولي، وقد عرفت سابقاً[1] أنّ الشرط في ضمن العقود بـمعنى الالزام والالتزام، كيف؟ ولازم كونه أصولياً بطلان البيع بتخلّف الشرط، مع أنّه لا يقول به، وأيضاً هو مستلزم للتعليق، نعم يمكن جعله شرطاً أصولياً ولكن بجعله قيداً في اللزوم دون أصل البيع، ومعه لا ينتج مدعاه، فما ذكره لا يتم على تقدير الشرط الاصولي أيضاً إلا بجعله قيداً في أصل البيع وهو باطل.

٤١٧ ـ **قوله ﷺ: (لجواز أنْ يكون جارياً ...الخ)**[2].

أقول: يعني أنّه من حيث هو معقول؛ ولذا يمكن فيه التوكيل والفضولية، لا أنّه يصح اشتراط البيع للغير بهذا الوجه؛ إذ هو غير مقصود قطعاً.

٤١٨ ـ **قوله ﷺ: (وقد تقدّم تقرير ...الخ)**[3].

أقول: يظهر من هذا أنّ تصنيف المصنّف لمسألة النقد والنسيئة كان قبل هذه المسألة، وإلا فهي في وضع الكتاب متأخرة كما لا يخفىٰ.

---

(١) تعليقة ٣٣٤.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٥٤.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٥٤.

٤١٩ ـ قوله ﷺ: (بل عدم القصد إلىٰ البيع ...الخ)[١].

أقول: فيه ما لا يخفىٰ، فانّه لا مانع من تعلّق الغرض ببيعه ثم شرائه.

٤٢٠ ـ قوله ﷺ: (النقض بما إذا اشترط ...الخ)[٢].

أقول: وأيضاً يرد النقض بما إذا اشترط على المشتري فسخ العقد بعد مدة معينة، فانّ الفسخ لا يعقل إلا بعد صحة البيع الأول، مع أنّ الظاهر أنّه لا اشكال في صحته.

٤٢١ ـ قوله ﷺ: (مع جريان الدور فيه ...الخ)[٣].

أقول: سيأتي في مسألة النقد والنسيئة نقل المصنّف عن العلامة الالتزام ببطلان الرهن على الثمن أيضاً، وإنْ صرّح في هذا الموضع بصحته، وسيأتي[٤] أيضاً توجيه من المصنّف لعدم ورود هذا النقض، وسنبين أيضاً ما عندنا هناك إنْ شاء الله.

❑ الثامن: أن يلتزم به في متن العقد

٤٢٢ ـ قوله ﷺ: (الشرط الثامن ...الخ)[٥].

أقول: تحقيق الحال أنْ يقال: إنّ الكلام في مقامين:

أحدهما: هل الشرط الابتدائي واجب العمل أو لا ؟

الثاني: أنّ الشرط في ضمن العقد هل يعتبر أنْ يكون مذكوراً في متنه ولو بالاجمال أو لا ؟

أمّا المقام الأول: فقد أشرنا سابقاً إلىٰ أنّ مقتضى القاعدة وجوب الوفاء به؛ وذلك لصدق الشرط عليه، فانّه لغة بمعنى الالزام والالتزام، بل مطلق الجعل حسبما مرّ سابقاً[٦] من ظهور كلام بعض اللغويين فيه كالصحاح، ويقتضيه الاستعمالات

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥٤.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٥٤.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٥٤.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٢٣٣.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٥٤.
(٦) تعليقة ٣٣٥.

كقوله عليه السلام (شرط الله قبل شرطكم)[١]، وقوله عليه السلام (الشرط في الحيوان كذا)[٢]، إلىٰ غير ذلك مما مرّ، بل يدل عليه خبر عبدالله بن سنان الوارد في مسألة التسرّي والتزويج، عن أبي عبدالله عليه السلام (في رجل قال لامرأته إنْ نكحت عليك أو تسريت فهي طالق. قال عليه السلام: ذلك ليس بشيء، إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إنّ من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه)[٣]؛ إذ ظاهره أنّ الالتزام البدوي وإنْ شرط في صورة السؤال لولا كونه مخالفاً لكتاب الله يجب العمل به؛ وذلك لأنّ المفروض في السؤال قول الرجل لامرأته التي كانت تحته سابقاً كذا، لا في العقد عليها حتى يكون شرطاً في ضمن العقد.

وأمّا ما عن القواعد[٤] من تخصيصه بما كان في عقد البيع ونحوه، فلا يكون حجة بعد ما مرّ، خصوصاً مع احتمال كونه إشارة إلىٰ مقولة المعنى.

وكيف كان فالظاهر كون لفظ الشرط حقيقة في الأعم، وإذا كان كذلك فيشمله قوله «المؤمنون» ونحو مما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط، وأيضاً يشمله عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالوعد؛ إذ يصدق عليه الوعد حقيقة، ولا يضر كونه انشاء للالتزام، بخلاف الوعد فانّه اخبار، وذلك لمنع اختصاصه بالاخبار.

ودعوى: أنّ الوفاء بالوعد غير واجب عندهم، ولا يمكن الاستدلال بالأخبار المشار إليها.

مدفوعة أولاً[٥]: بمنع عدم الوجوب، فانّ ظاهرها الوجوب، وقد نقل عن جماعة الفتوى به، وعلى فرض التسليم نقول خرج صورة الاخبار وبقي الشرط البدوي.

فانْ قلت: إنّ الحكم بوجوب الوفاء في الشرط البدوي خلاف الاجماع.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٦.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ١، ٤.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب المهور، ح ٢.
(٤) الظاهر أنها القواعد فانها في الاصل «الق» وليس هناك اختصار بهذا الا القاموس، وهنا غير مراد قطعاً.
(٥) لم يذكر ثانياً.

قلت: نمنع ذلك، فانَّ صاحب العوائد[1] حكم بوجوب الوفاء به، ونقل عن بعضهم اطلاق القول بوجوب الوفاء على وجه يشمل الشرط البدوي، وعن الشيخ في النهاية وجوب الوفاء بالشرط بعد النكاح عملاً بما ورد من الاخبار في ذلك.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ نظر المشهور المعتبرين لكونه مذكوراً في متن العقد إلىٰ أنَّ الذكر السابق أو اللاحق لا يكفي في كونه شرطاً في ضمن العقد، بحيث يلحقه حكمه، لا إلىٰ أنّه ليس واجب العمل في حد نفسه.

ومما ذكرنا ظهر أنّه لا وجه لدعوى القطع في كلام المصنّف على عدم وجوب الوفاء به.

وأمّا المقام الثاني فنقول: إمّا أنْ يكون شرط سابق على العقد متعلق به، ثم يوجد العقد مبنياً عليه، ولكن لا يذكر في متنه، بل يكون بمجرد قصدهما، وإمّا أنْ يكون مقاولة سابقة من دون انشاء الالتزام ويوجد العقد مبنياً عليه، وإمّا أنْ لا يكون هناك ذكر له سابقاً لا بنحو الانشاء ولا بالمقاولة، ولكن يكون من قصدهما البناء عليه مع اطلاع كل منهما على ما في ضمير الآخر.

وعلى الأولين إمّا أنْ يكون البناء من قصدهما فعلاً والتفاتهما، أو يكون موجوداً في حالهما مع الغفلة الفعلية، بحيث لو التفتا كان نظرهما إليه، والحق كفاية ما عدا صورة الغفلة الفعلية، وبعبارة أخرىٰ في صورة تواطئهما وبنائهما على الشرط سواء كان مع الالتزام السابق، أو مع المقاولة السابقة، أو من جهة المعهودية الخارجية كما في اشتراط الصحة في العوضين؛ حيث إنَّ المبيع المطلق ينصرف إلىٰ التباني على الصحة، وإنْ لم تذكر في العقد، والوجه فيه صدق الشرط على هذا المقدار من التواطؤ والتباني فيشمله عموم قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون»، وأيضاً هو قيد معنوي للعقد فيدل عليه عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ حيث إنّه يكون جزءً من العقد ويجب الوفاء به مع خصوصيته كما أشار إليه المصنّف.

وأيضاً في خصوص صورة الشرط السابق والبناء عليه حين العقد يمكن

---

(١) عوائد الايام ٤٤.

دعوى عموم قوله عليه السلام «المؤمنون»؛ لأنّ الخارج منه ـ بناءً على عدم وجوب العمل بالشرط الابتدائي ـ ما إذا لم يبنَ العقد عليه، وإلا فيجب الوفاء به لعدم الدليل على الخروج، وهذا هو الذي أشار إليه المصنّف بقوله رحمه الله (مع أنّ الخارج ...الخ).

والفرق بينه وبين ما ذكرنا أولاً أنّ في الوجه الأول كان النظر إلى صدق الشرط على مجرد التباني مع قطع النظر عن الاشتراط السابق فيشمله العموم، وفي هذا الوجه يكون النظر إلى صدق الشرط على ما انشأه قبل العقد فيجب الوفاء به إذا لحقه التباني عليه، ولكن هذا مبني على تسليم اطلاق الشرط على الشروط الابتدائية، وأنّها خارجة عن العموم بسبب الاجماع، وإلا فلو نوقش في أصل الصدق كما اختاره المصنّف في السابق، وإنْ رجع عنه في أول بحث الشروط فلا يتم كما لا يخفى، هذا.

وأمّا مع الغفلة الفعلية وانشاء العقد مطلقاً فلا يصدق الشرط حتى يشمله العموم، وكونه مركوزاً في ذهن المتعاقدين بحيث لو التفتا إليه اعتبراه في العقد لا يكفي، والانشاء السابق غير كافٍ وإنْ قلنا بوجوب الوفاء به؛ إذ مجرد ذلك لا يوجب ربط العقد به، بحيث يكون تخلّفه موجباً للخيار، أو فساده موجباً للافساد بناءً على القول به، وهذا واضح.

نعم، بناءً على الوجه الثالث المذكور يمكن أنْ يقال: إنّ مقتضى عموم المؤمنون وجوب الوفاء به إذا كان متعلّقاً بالعقد، وإنْ لم يلتفتا إليه فعلاً، بدعوى أنّ الخارج منه صورة عدم التباني الركوزي أيضاً، فتدبّر.

هذا وغاية ما يمكن أنْ يقال وجهاً لعدم الصحة إلا مع الذكر في العقد أمور:

أحدها: الاجماع المحكي في كلام المصنّف عن الرياض المعتضد بما أشار إليه من التتبع في كلماتهم في باب النكاح والبيع.

الثاني: ما أشار إليه المصنّف أخيراً من أنّ الشرط من أركان العقد المشروط، بل هو كالجزء من أحد العوضين فيجب ذكره في العقد كاجزاء العوضين، وإنْ سلّمنا اطلاق الشرط عليه وصدقه بمجرد التباني القلبي.

الثالث: ما يظهر منه في موضع آخر من أنّ الشرط بمعنى الالزام والالتزام، فيحتاج إلىٰ انشاء هذا المعنى، ولا يكفي في تحقق الانشاء مجرد التباني عليه، فما لم يذكر لا يصدق عليه الشرط، وليس حاله كحال سائر متعلقات العقد في أنّه يمكن أنْ يقدّر وينوىٰ، إذ هي لما كانت متعلقة بالعقد أمكن حذفها من اللفظ، وكون اللفظ دالاً عليها بضميمة القرينة الحالية أو المقالية، بخلافه فانّه يحتاج إلىٰ انشاء مستقل في متن العقد، وبالجملة التقييد القصدي المعنوي لا يكفي في انشاء الالتزام.

الرابع: الاخبار الدالة على عدم الاعتبار بالشرط السابق على عقد النكاح، وأنّه يهدم ما كان من الشروط السابقة،كخبر عبدالله بن بكير عن الصادق‏عليه السلام (ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز)[1].

وخبره الآخر، قال أبو عبدالله‏عليه السلام: (إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به، وأوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فانْ أجازته فقد جاز، وإنْ لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح)[2].

وخبره الآخر عن محمد بن مسلم قال: (سمعت أبا جعفرعليه السلام يقول: ـ في الرجل تزوج المرأة متعة أنّها ـ متوارثان إذا لم يشترطا، وإنّما الشرط بعد النكاح)[3].

وخبر أبان بن تغلب في حديث صيغة المتعة أنّه قال: لأبي عبدالله‏عليه السلام (فاني لأستحي أنْ أذكر شرط الأيام؟ قال‏عليه السلام: هو أضر عليك. قلت: وكيف؟ قال: لأنك إذ لم تشترط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة في العدة، وكانت وارثاً، ولم تقدر على أنْ تطلقها إلا طلاق السنة)[4]، إلىٰ غير ذلك.

ولا يضر دلالتها على صحة الشرط بعد النكاح مع عدم القائل به؛ إذ أولاً نقول إنّ الشيخ في النهاية قائل بها، وثانياً أنّها محمولة على ما بعد الايجاب من النكاح

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب المتعة، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب المتعة، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب المتعة، ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المتعة، ح ٢.

كما يمكن أنْ يستظهر من بعضها.

والجواب: أمّا عن الاجماع ـ فبعد عدم حجية المحكي منه ـ بأنَّ من المحتمل، بل الظاهر أنَّ مرادهم عدم الاعتبار بالشرط المتقدم، وعدم كفايته في تقييد العقد من حيث هو، لا عدم كفاية التباني الموجود حال العقد، كيف؟ وقد عللوا خيار العيب بأنّه من جهة التباني على الصحة، فكأنّها مشروطة.

ويؤيد ما ذكرنا أنّهم يذكرون ذلك في قبال الشرط المتأخر عن العقد، مع أنّه لا ربط له بالتباني كما هو واضح، فالغرض أنَّ الشرط لا بدَّ وأنْ يكون في ضمن العقد، فلا يكفي السابق منه، وهذا لا ينافي كفاية التباني المقارن له.

وأمّا عن الثاني فبمنع كونه من الاركان وإنْ كان بمنزلة الجزء لأحد العوضين؛ إذ ما هو بمنزلة شيء غير نفس ذلك الشيء، ولو سلمنا نمنع وجوب ذكر الاركان أيضاً، بل يكفي قوله «بعتك»، وقول الآخر «اشتريت» مع معلومية سائر المتعلقات، فبعد صدق الشرط على التباني يكفي الانشاء القلبي، ولا يحتاج إلىٰ الذكر في اللفظ؛ إذ لا دليل عليه، مع أنا نقول إنَّ العقد ينصرف إليه بعد الاطلاع على القرينة التي هي سبق الذكر والبناء عليه.

وأمّا عن الثالث فبأنَّ الانشاء كما يكون باللفظ كذا يكون بالاخطار القلبي، ودعوى أنَّ التقييد بالشيء غير انشاء ذلك الشيء مدفوعة بأنّه عين انشائه، كيف؟ وإلا فاللفظ أيضاً لا يكفي؛ إذ المفروض أنّه يذكره على وجه القيدية، فانّه يقول «بعتك هذا على أنّه كذا»، فكما أنّه انشاء للالتزام باللفظ، فكذا إذا قصد ذلك ولم يذكره في اللفظ، هذا مع أنَّ الشرط لا يلزم أنْ يكون التزاماً في جميع المقامات، بل قد يكون بنحو التقييد، كما في اشتراط الأوصاف للعين الشخصية، فانَّ الالتزام لا يعقل فيها، فالشرط فيها راجع إلىٰ الشرط الاصولي، غاية الأمر أنّه قيد في لزوم البيع، لا في أصله حتى يستلزم التعليق والبطلان بالتخلف كما سيأتي بيانه(١).

وأمّا عن الرابع فبأنَّ المراد من تلك الأخبار أيضاً ما ذكرنا في كلام المجمعين من

---

(١) تعليقة ٤٣٢.

أنَّ الشرط السابق من حيث هو غير كافٍ، ولا ينافي ذلك كفاية التباني الحاصل حال العقد، بحيث يعد عرفاً شرطاً أو التزاماً في العقد، نعم الرواية الأخيرة ظاهرة في عدم كفايته أيضاً، فانَّ من المعلوم أنَّ تبانيهما إنَّما كان على الأجل، ومع ذلك حكم بعدم كفايته وصيرورة العقد عند عدم ذكره دائمياً.

ولكن يمكن أنْ يقال ذلك كان من قصد الرجل فقط، لا المرأة أيضاً، هذا مع أنَّ هذه الرواية مخالفة للقاعدة، فانْ عملنا بها نقتصر على موردها؛ وذلك لأنَّ مقتضى القاعدة عند عدم ذكر الأجل بطلان العقد؛ لأنَّ المفروض أنَّ قصدهما الانقطاع وانقلابه إلىٰ الدائم، ومع عدم قصده على خلاف القاعدة.

بقي شيء: وهو أنَّه بناءً على عدم الاعتبار بالشروط البدوية فاللازم ذكر الشرط في العقد على وجه يرتبط به، وإلا فلو التزم في عقد البيع بخياطة ثوب المشتري مع عدم الارتباط بالبيع على وجه يكون جزءً من المبيع، ويكون تخلّفه موجباً للخيار لا يكون إلا شرطاً بدوياً، فالمراد من الشرط البدوي ما لم يرتبط بالعقد، وإنْ ذكر في ضمنه على وجه الاستقلال، وهو واضح.

٤٢٣ ـ **قوله ﷺ: (لا يجب الوفاء به قطعاً** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنَّه لا وجه لدعوى القطع به، مع أنَّ مقتضى العموم وجوبه، ولا اجماع على خلافه.

٤٢٤ ـ **قوله ﷺ: (وإنْ كان أثره مستمراً في نفس** ...الخ)[٢].

أقول: سواء كان حاضراً في باله، أو موجوداً في خزانة خياله مع الغفلة الفعلية عنه.

٤٢٥ ـ **قوله ﷺ: (نظير بقاء أثر الطلب** ...الخ)[٣].

أقول: ربما يظهر من هذه العبارة، بل قد صرح به بعضهم أيضاً أنَّ الوجه في

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٥٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٥٥.

وجوب الواجب بعد الطلب الذي هو انشاء الارادة المعدوم بعد تماميته إنّما هو بقاء أثره في النفس، فهو الملاك لوجوب الامتثال والاتيان بالمأمور به، وهو وإنْ كان حقاً في الجملة إلّا أنّ التحقيق أنّ الملاك هو الطلب الأولي، وإنْ فرض عدم بقاء الأثر في نفس الطالب، كما إذا فرض غفلته عن الطلب بالمرة بعد ما أنشأ أولاً، وكما إذا مات الأب الآمر بعد الأمر وقبل الاتيان بما أمر به.

٤٢٦ ـ قولهﷺ: **(وإنْ وعد** ...الخ)[١].

أقول: عطف على قوله: (إنْ أنشأ...الخ).

٤٢٧ ـ قولهﷺ: **(لكنه تقييد لا طلاق كلماتهم** ...الخ)[٢].

أقول: لا ينبغي التأمل في أنّ مرادهم صورة عدم الالتزام القلبي؛ ولذا نرى أنّ أحد المتعاملين يعلم أنّه لو أراد الآخر ترك المعاملة الثانية يكون ذلك له؛ ولذا لا يختار إلا من يطمئن به في ما وعد وقال.

٤٢٨ ـ قولهﷺ: **(وأيضاً فقد حكي عن المشهور** ...الخ)[٣].

أقول: قد عرفت أنّ هذا الحكم منهم على خلاف القاعدة من جهة النص الخاص، فلا يتعدى منه إلىٰ غيره.

٤٢٩ ـ قولهﷺ: **(نعم ربما ينسب إلىٰ الخلاف** ...الخ)[٤].

أقول: ظاهر كلام الشيخ أنّه يصح الشرط السابق بما هو مع قطع النظر عن التباني عليه حال العقد، وكذا ظاهر كلام القاضي في جواهره[٥]، نعم ظاهر ما عن المختلف[٦] التخصيص بصورة التباني حال العقد مع عدم ذكره لفظاً، فتدبّر وراجع ما هناك.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٥٦.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٥٧.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٥٧.
(٥) جواهر الفقه ٥٤.
(٦) مختلف الشيعة ٥: ٦٣.

❑ التاسع: ان يكون منجزاً

٤٣٠ ـ قوله ﷺ: (لا الخياطة المطلقة ...الخ)(١).

أقول: فيه منع؛ فانَّ الظاهر أنَّ مراد المتوهم كون التعليق راجعاً إلىٰ أصل الشرط، بأنْ يكون المراد من قوله «بعتك على أنْ تخيط إنْ جاء زيد» أنَّ التزامك بالخياطة إنَّما هو على تقدير المجيء، لا أنْ يكون الالتزام مطلقاً، وكان المجيء قيداً في الخياطة، وحينئذٍ فيكون كقوله «أنت وكيلي إذا جاء رأس الشهر»، وكقوله «بعتك إنْ جاء زيد»، ومقتضى القاعدة ـ التي هي بطلان التعليق في العقود ـ البطلان، وحينئذٍ ينحصر وجه دفعه في أنَّه لا دليل على بطلان التعليق في الشروط؛ إذ الدليل عليه إنَّما هو الاجماع المفقود في غير المبيع ونحوه من العقود.

والحاصل: أنَّ التعليق إنْ كان راجعاً إلىٰ العمل بالشرط فليس تعليقاً مصطلحاً ولا يكون مبطلاً بلا إشكال، وإنْ كان راجعاً إلىٰ أصل الشرط فهو تعليق مصطلح، ولكن نقول لا دليل على بطلانه حتى في الشروط، والظاهر أنَّ مراد القائل الثاني، لا الأول ؛ فايراد المصنِّف عليه في غير محله؛ والوجه ما ذكرنا.

تنبيه: وهنا شرط عاشر، وهو أولى بالذكر من التاسع، وهو أنْ لا يكون مكرهاً في الشرط إذا فرض عدم اكراهه على أصل البيع، بأنْ يقول المُكْرِه له «إنْ بعت فاشترط على نفسك كذا»، فانَّ هذا الشرط غير صحيح بمعنى أنَّه موقوف على الاجازة بعد اندفاع الاكراه.

ويمكن أنْ يتوهم شرط حادي عشر، وهو أنْ لا يستلزم الشرط مخالفة الشرع، كما إذا اشترط شرطاً في بيع أحد الربويين بمثله، فانَّه ليس مخالفاً للشرع من حيث هو، كما إذا اشترط خياطة الثوب، لكنه مستلزم للربا الذي هو خلاف الشرع.

فانْ قلت: إنَّ البطلان حينئذٍ من جهة صيرورة البيع ربوياً، لا من حيث نفس

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥٨.

الشـرط.

قلت: نعم، ولكن هو نظير الغرر في الشرط الذي يوجب كون البيع غررياً إذا قلنا بعدم بطلان الشرط الغرري مع عدم السراية إلىٰ البيع، فـهذا الشـرط نـظير الشرط السادس، والانصاف أنّه لا وجه لعدِّه شرطاً في الصحة؛ إذ الربا إنَّما يجيء من جهة مجموع العوض والشـرط، لا من قبل الشـرط فقط حتى يصح عده شرطاً لصحة الشـرط، فتدبّر.

حكم الشرط الصحيح

٤٣١ ـ قوله ﷺ: (أو غيرهما ...الخ)[١].

أقول: يظهر منه جواز اشتراط فعل على غير المتعاقدين، وهو كذلك إذ لا مانع منه إلا دعوى عدم كونه مقدوراً، ولا بأس به؛ إذ المعتبر قدرة المشروط عليه، وهو الأجنبي، وهو قادر، نعم لا بدَّ من قبوله؛ لأنّه أيضاً طرف لهذه المعاملة الخاصة.

فإنْ قلت: فعلى هذا لا ربط له بمن اشترط عليه من المتعاقدين.

قلت: نمنع ذلك، ولا بأس بتعدد المشروط عليه مترتباً، مثلاً إذا اشترط البائع على المشتري خياطة ثالث ثوبه، فالمشتري مشروط عليه فعل ذلك الثالث، وهو أيضاً مشروط عليه، ومن هذا القبيل ما هو المتداول من اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر أنْ يضمن العوض أو دركه ثالث، فقبل ذلك الثالث، وذلك نظير ما إذا اشترط أحدهما على الآخر اعطاء شيء لثالث، فانّه مشروط له، وذلك الثالث أيضاً مشروط له.

فإنْ قلت: فما معنى الالتزام بفعل الغير.

قلت: هو نظير اشتراط الأوصاف، وسيأتي تصوير الالتزام فيها.

٤٣٢ ـ قوله ﷺ: (وعموم المؤمنون مختص ...الخ)[٢].

أقول: فعلى هذا لا دليل على صحة هذا الشرط؛ إذ عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ أيضاً لا يشمله؛ لأنّه ظاهر في الحكم التكليفي.

فإنْ قلت: لعله يقول إنّه يستفاد من الرواية حكمان، تكليفي ووضعي، والتخصيص إنّما هو بالنسبة إلىٰ الحكم الأول فقط.

قلت: نمنع ذلك، بل المستفاد حكم تكليفي يستتبع وضعياً، وقد صرّح بهذا في

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥٩.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٥٩.

قوله تعالى ﴿أوفوا﴾ في أول بحث الخيارات[١].

وبالجملة: فمقتضى ما ذكره بعد ما علم من مذهبه من عدم استفادة حكمين في عرض واحد ما ذكرنا من عدم الدليل حينئذٍ على الصحة.

إلا أنْ يقال: إنَّ الدليل عليها هو الاجماع، لكن يبقى أنَّه لا معنى لأصل الشرط في الاوصاف؛ لأنَّه بمعنى الالتزام، ولا يعقل فيها ذلك؛ إذ هي إمَّا حاصلة أو لا، وعلى التقديرين لا معنى لالتزامها، وقد ذكر المصنِّف سابقاً[٢] في مسألة اشتراط مقدورية الشرط أنَّ شرط الأوصاف راجع إلىٰ التوصيف، وظاهره أنَّه ليس على حقيقة الشرطية المصطلحة، وعلى هذا فيشكل اشتراط فعل الأجنبي عن العقد؛ إذ هو لا يرجع إلىٰ التوصيف، ولا يعقل فيه الالتزام؛ لأنَّه غير مقدور للمشروط عليه الذي هو طرف المعاملة، مع أنَّ ظاهر كلامه حسبما أشرنا آنفاً صحته.

والتحقيق أنْ يقال: إنَّ عموم «المؤمنون» شامل لكلا المقامين، إمَّا بدعوى أنَّ الالتزام بالوصف الحالي وبفعل الغير وإنْ كان لا يعقل حقيقة عقلية إلَّا أنَّ الالتزام العرفي يمكن تعقّله وتحققه فيهما، فانَّا نراهم يلتزمون بامثال ذلك، فيقولون «على عهدتي أنْ يفعل فلان كذا أو يكون المبيع متصفاً بكذا» فيما إذا كان واثقاً بأنَّه متصف، أو بأنَّ الغير يفعل، فاشتراط الوصف في قوة أنْ يقول إنِّي ملتزم بأنْ أعطيك المتصف بالوصف الفلاني باعطاء هذا المبيع، وكذا في فعل الغير.

وإمَّا بدعوى أنَّ الشرط في ضمن العقود ليس منحصراً في الالزام و الالتزام، بل قد يكون بمعنى التقييد، لا بأنْ يكون قيداً في أصل البيع حتى يستلزم التعليق المبطل؛ وحتى يكون لازمه البطلان عند التخلّف لا الخيار، بل بأنْ يكون قيداً في الالتزام بالمعاملة، وبعبارة أخرىٰ قيد في اللزوم، وحينئذٍ نقول إنَّ الشرط لغةً وعرفاً بمعنى مطلق الجعل كما يدل عليه موارد الاستعمالات حسبما ذكرنا سابقاً[٣]، ومعنى قوله ﷺ (المؤمنون عند شروطهم) أنَّهم عند ما قرروه وجعلوه يعني أنَّهم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٥.

(٣) تعليقة ٣٣٥.

مأخوذون بمقتضى جعلهم وقرارهم، فانْ التزموا بفعل شيء يجب عليهم ذلك الفعل، وإنْ قيدوا جعلهم بقيد فلا بدَّ لهم من الالتزام بعدم المقيد عند عدم القيد.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنَّ اشتراط الأوصاف راجع إلىٰ تقييد البيع، وكذا اشتراط فعل الغير والقيد في الحقيقة راجع إلىٰ لزوم البيع، لا إلىٰ صحته، واشتراط فعل على نفسه راجع إلىٰ الالتزام به، وعموم «المؤمنون» يدل على وجوب العمل بمقتضى الشرط المختلف بحسب المقامين، ومن هذا البيان يمكن دعوى شمول «أوفوا» أيضاً كما لا يخفىٰ، هكذا ينبغي أنْ يحقق المقام.

٤٣٣ ـ قوله ﷺ: (اشتراط تحصيلهما ...الخ)(١).

أقول: يعني بحيث يرجع شرط الغاية إلىٰ شرط السبب، بحيث يكون هو المشروط، ومثله ما إذا كان المراد مجرد حصول الغاية من حيث هي في زمان كذا، فانَّه مقدور بالواسطة بايجاد أسبابها، لا بحيث يرجع الشرط إلىٰ شرطية إيجاد الاسباب، بل نظير الأمر بالمسببات على القول بعدم رجوعه إلىٰ الأمر باسبابها كما هو التحقيق، ويمكن حمل كلام المصنّف على هذا الأول، ويمكن حمله على الأعم أيضاً، وحينئذٍ فقوله (فيرجع إلىٰ الثاني) معناه أنَّه في حكمه، لا أنَّه هو.

٤٣٤ ـ قوله ﷺ: (لمخالفته للكتاب ...الخ)(٢).

أقول: قد مرَّ منه سابقاً تبعاً لصاحب الجواهر أنَّ هذا الشرط من أفراد غير المقدور، فيمكن الحكم ببطلانه من هذه الجهة أيضاً، ولكن قد ذكرنا هناك أنَّ ذلك إنَّما يصح إذا كان المراد الزوجية الشرعية أو الطلاق الشرعي فانَّهما حينئذٍ غير مقدورين من حيث إنَّ أمر الشرع ليس بيده، لكن المتداول في الخارج في هذه الشروط عدم اعتبار الاستناد إلىٰ الشرع، مثلاً إذا اشترط كون امرأته مطلّقة فمعناه كونها كذلك بحسب جعله والتزامه من غير نظر إلىٰ امضاء الشارع وعدمه، ومن المعلوم أنَّ هذا المعنى أمر مقدور، وعدم إمضاء الشارع أو امضاؤه لا دخل له

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٥٩.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٠.

في ذلك، فهو نظير ما إذا باع خمراً فانّه لا يقال إنّه بيع غير مقدور؛ إذ لا يـمكن شرعاً تمليك الخمر، فانّ البائع لا يقصد إلا مجرد التمليك من غير نظر إلىٰ حكم الشارع، فكذا في المقام الشارط ينشأ بشرطه الالتزام بكون المرأة مطلقة أو العبد معتقاً ونحو ذلك على ما هو المتداول بين العامة من الحلف بـالطلاق والعـتاق، والحاصل أنّه لا ينبغي عد هذا من غير المقدور كما لا يخفىٰ.

٤٣٥ ـ **قوله**ﷺ: **(كما أنّه لو دلَّ الدليل** ...الخ)[١].

أقول: الدليل إمّا الاجماع على صحة الشـرط في هذه الصور، وإمّا معلومية عدم اعتبار صيغة خاصة في حصولها، فيكفي مثل الشرط في تحققها، هذا ولا يخفىٰ أنّ هذا القسم أيضاً قسمان، إذ قد يكون مثل الوكالة والوصاية مما يمكن فيه قصد العنوان الذي يتحقق بالعقد، بمعنى أنّه يشترط نفس الوكالة أو الوصاية كما يمكن فيهما قصد إيجاد النيابة من غير نظر إلىٰ عنوان الوكالة أو الوصاية، وقد يكون مثل حمل الدابة حيث إنّه يقصد بالشـرط الملكية بلا عنوان من العناوين، وإلا فلو قصد عنوان المبيعية يكون باطلاً، ولو قصد عنوان الهبة فهو محل اشكال وداخل في القسم الثالث.

وبالجملة: ما يصح فيه الشـرط بلا اشكال قد يكون داخلاً تحت أحد عناوين العقود، غاية الأمر أنْ يكون انشاؤه بالشرط من حيث عدم اعتبار صيغة خاصة فيه، وقد لا يكون كذلك كحمل الدابة وثمرة الشجر ونحوهما.

٤٣٦ ـ **قوله**ﷺ: **(كالوكالة** ...الخ)[٢].

أقول: إذا شـرط الوكالة أو الوصاية فهل يجري عليهما ما يجري على العقدي من جواز العزل والبطلان بالموت في خصوص الاولى أو لا ؟

الذي يقتضيه القاعدة أنْ يقال: إمّا أنْ يكون المشروط نفس العنوانين، أو يكون أثرهما من النيابة من غير نظر إلىٰ العنوان، فعلى الأول مقتضى القاعدة جواز العزل

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٦٠.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٠.

والبطلان بالموت، وعلى الثاني لا بدَّ من ملاحظة أنَّ الحكمين من خصوصيات العقد أو من لوازم النيابة، فعلى الأول لا يجري شيء منهما، وعلى الثاني يجري كلاهما وحينئذٍ فنقول إنَّ النيابة لا تقتضي جواز العزل لامكان كونها لازمة، فنشك في الانعزال بالعزل، والأصل عدمه.

وأمّا البطلان بالموت فهو من لوازم النيابة؛ إذ النائب إنّما يجوز تصرفه لأنّه بمنزلة المنوب عنه، فاذا خرج عن قابلية التصرف فلا يبقى نائبه على ما كان من نفوذ التصرف.

وأمّا الوصاية فهي ولاية، لا نيابة صرفة؛ ولذا تثبت بعد الموت، بل ولا تبطل بجنون الموصي واغمائه، ومن ذلك يظهر عدم البطلان بالموت إذا كان المقصود من الشرط ثبوت ولاية للنائب، فانَّ للمالك أنْ يسلِّط غيره على ماله بحيث يكون نافذ التصرف، ولا ينحصر في الوكالة، هذا.

ولكن التحقيق عدم جواز العزل في القسم الأول أيضاً، وهو ما إذا كان المشروط عنوان الوكالة؛ وذلك لأنَّها جائزة إذا كانت عقدية من حيث إنَّ عقد الوكالة من العقود الجائزة.

وأمّا إذا كانت ثابتة بالشرط فمقتضى عموم «المؤمنون» وجوب ترتيب أثرها إلىٰ آخر الأمر؛ وذلك لأنَّ الظاهر أنَّ مراد المتشارطين الوكالة المستمرة، لا الحادثة في الجملة، فلو عزله قبل تمامية الأمر يكون مخالفاً للشرط وغير عامل بمقتضاه، نعم لو فرض كون المقصود مجرد حصول هذه الصفة من غير نظر إلىٰ استمرارها أمكن دعوى جواز العزل؛ لأنَّه لا ينافي مقتضى الشرط؛ إذ بمجرد حصول الوكالة آناً ما حصل المقصود منه، لكن هذا الفرض نادر التحقق، وإنْ شئت فقل إنَّ اشتراط الوكالة في بيع داره مثلاً يرجع إلىٰ اشتراط البيع بعنوان الوكالة، فمادام لم يتحقق البيع لا يتحقق الوفاء بالشرط، ولذا ذكر الفقهاء في باب الرهن أنَّه لو اشترط كون المرتهن وكيلاً في بيع العين المرهونة صح، ولا يجوز عزله، نعم تردد

المحقق في الشرائع[١] في جوازه وعدمه، وعن الشهيد[٢] أنّه حكم بجوازه، لكنه مبني على مذهبه من عدم وجوب الوفاء بالشرط، وإنّما شأنه قلب العقد اللازم جائزاً، وسيأتي[٣] أنّه خلاف التحقيق.

وأمّا تردد المحقق فيمكن أنْ يكون من جهة أنّ الشرط المذكور في ضمن عقد الرهن الذي هو جائز من طرف المرتهن، ووجوب الوفاء بالشرط إنّما هو إذا كان في العقد اللازم من الطرفين، لكن فيه ما لا يخفىٰ، ويمكن أنْ يكون وجهه أنّ الوكالة من شأنها جواز العزل، وهو غير منافٍ للشرط؛ إذ الشرط إنّما كان مجرد حصول الوكالة، وقد حصلت، وفيه ما عرفت من أنّ المقصود الوكالة المستمرة، لا في الجملة.

وأمّا البطلان بالموت فلا خلاف فيه بينهم في ذلك الباب.

فتحصّل أنّ التحقيق عدم الانعزال بالعزل مطلقاً إلا إذا كان المقصود الوكالة في الجملة، والبطلان بالموت وشبهه مطلقاً إلا إذا كان الشرط ثبوت السلطنة على التصرف والولاية لا النيابة، فتدبّر.

٤٣٧ ـ قولهﷺ: **(غير تابع لأحد العوضين ...الخ)**[٤].

أقول: وكذا إذا شرط التابع لغير المتعاقدين من أجنبي، وهو واضح.

٤٣٨ ـ قولهﷺ: **(أو كون العبد الفلاني حراً ...الخ)**[٥].

أقول: الفرق بنيه وبين اشتراط الانعتاق ـ الذي حكم بعدم صحته بلا اشكال ـ أنّ في هذا الفرض يقصد مجرد الحرية، دون عنوان الانعتاق فانّه يحتاج إلىٰ صيغة خاصة، بخلاف مطلق التحرير فانّه يمكن أنْ يقال يكفي فيه كل ما دلّ عليه؛ حتى مثل الشرط، هذا.

---

(١) شرائع الاسلام ٢: ٣٣٤.
(٢) مسالك الافهام ٤: ٣٧.
(٣) تعليقة ٤٤٧.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٦٠.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٦٠.

ولكن يمكن أنْ يقال: إنَّ التحرير ليس أمراً وراء الاعتاق، بمعنى أنَّه ليس أعم منه، فلو قصد عنوان التحرير فكما لو قصد عنوان الاعتاق، فلا يتم الفرق، فتدبّر.

٤٣٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ومن أنَّ الوفاء لا يختص** ...الخ)[١].

أقول: هو كذلك بلا اشكال.

فانْ قلت: فلمَ لا يقول به في شرط الوصف، فانَّه وإنْ لم يمكن الوفاء به من حيث هو لكنه قابل له باعتبار الأثر، فيكون معنى وجوب الوفاء به الحكم بعدم اللزوم عند عدمه، وبتحققه مع ثبوته.

قلت: المراد من الأثر أثر المشروط، ومن المعلوم أنَّ الملكية المشروطة أو الصدقة أو نحوهما مما له آثار يتعلق بها وجوب الوفاء، بخلاف الوصف المشروط فانَّه من حيث هو ليس له أثر، والذي أشرت إليه من اللزوم وعدمه إنَّما هو من آثار نفس الشرط لا المشروط، فصح ما ذكر من عدم قابليته لوجوب الوفاء أصلاً ولو باعتبار الآثار، وهذا واضح.

فانْ قلت: إذا فرضنا الشك في الاحتياج إلىٰ سبب خاص فلا يصح التمسك بعموم «المؤمنون»؛ لأنَّ من المعلوم خروج ما كان كذلك في الواقع، فيرجع الشك إلىٰ الشك في كون المورد من مصاديق المخصص وعدمه، وقد بين في الأصول عدم جواز التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية.

قلت: نمنع كون الشبهة مصداقية؛ إذ الخارج ليس عنوان ما له سبب خاص حتى يكون الشك في مصداق المخصص، بل الخارج خصوصيات الموارد التي دلَّ الدليل على احتياجها إلىٰ سبب خاص، وهذا العنوان إنَّما ينتزعه العقل، وإنْ شئت فقل إنَّ قوله ﷺ «المؤمنون» مبين لعدم الحاجة إلىٰ السبب الخاص؛ إذ مفاده وجوب ترتيب الأثر بمجرد الشرط.

نعم، يرجع الشك إلىٰ الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة أو لا؛ إذ قد عرفت أنَّ وجه بطلان الشرط فيما يحتاج إلىٰ سبب خاص كونه مخالفاً لهما، وقد

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٦٠.

مرَّ من المصنّف أنّه لو شك في هذه الجهة يتمسك بالعموم، وإنْ كانت الشبهة مصداقية؛ لأصالة عدم المخالفة بالمعنى الذي ذكره، على البيان المتقدم فراجع(١).

ولكنك عرفت عدم تماميته على مختارنا فيشكل علينا التمسك بالعموم في المقام من هذه الجهة، لكن لنا أنْ نقول كما ذكرنا سابقاً أنَّ المراد بالمخالفة مخالفة ما كان في الكتاب والسنة من العموم والاطلاق والأصول الجارية مع قطع النظر عن دليل الشرط، وفي المقام المفروض عدم وجود اطلاق وعموم في الكتاب والسنة دال على الحاجة إلىٰ السبب الخاص، والأصل عدم وجود مثل هذا الحكم، لكن مجرد هذا لا يكفي في ترتب الأثر؛ إذ الأصل عدمه أيضاً، إلّا أنَّ العموم ينفع في ذلك.

والحاصل: أنَّ مقتضى الأصل وإنْ كان عدم ترتب الأثر وعدم الصحة، إلّا أنَّ ذلك من جهة عدم الدليل، وعموم المؤمنون دليل، ولا يضر تقييده بعدم المخالفة؛ إذ ليس المراد عدم المخالفة للاحكام الواقعية، بل عدم المخالفة لما كان موجوداً في الكتاب من جهة العموم أو الاطلاق، والمفروض عدمهما في المقام.

٤٤٠ ـ قوله ﴿رحمه الله﴾**: (مع وجود أفراد اتفق ...الخ)**(٢).

أقول: يعني إذا رأينا تحقق الملكية بمجرد الشرط في بعض الموارد نستكشف أنّها غير محتاجة إلىٰ سبب خاص إذا كان كذلك، فيصح الشرط في جميع مواردها، لكن هذا إنّما ينفع في الملكية، وأمّا اشتراط الحرية والصدقة أو نحوهما فلا يكفي فيه ذلك؛ لعدم معلومية واحد من مواردها، مع أنَّ أصل الاستكشاف بمجرد ذلك محل اشكال، لا للفرق بين التوابع وغيرها، بل من جهة أنَّ الدليل خاص بذلك المورد، وهو الاجماع، وبعبارة أخرىٰ يمكن أنْ يكون ذلك للدليل الخاص، لا لكونه بمقتضى القاعدة، هذا.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ شرط الملكية إنّما يصح في كل مورد يكون المتعلق مما

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٠.

يمكن ضمه إلىٰ المبيع، كحمل الدابة أو دابته الأخرى أو نحو ذلك إذا اشترط لخصوص أحد المتعاقدين، لا إذا اشترط لثالث، ولا فيما إذا اشترط كونه صدقة أو كون العبد حراً أو نحو ذلك؛ إذ لا يمكن كون ما جعل ملكاً لثالث أو صدقة أو نحو ذلك جزءً للمبيع؛ والوجه في الفرق أنّ الملكية حينئذٍ كأنّها حاصلة بالبيع، لا بلا سبب، بخلاف القسم الثاني فانّه لو حكم بصحته كان بلا سبب؛ لعدم كونه جزءً للمبيع في اللب حتى يكون بسبب البيع.

فانْ قلت: الذي هو جزء للمبيع [في اللب حتى يكون بسبب البيع][1] نفس الشرط، لا المشروط، وحينئذٍ لا يتفاوت الحال بين أنْ يكون ملكية شيء لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، أو غير الملكية كاشتراط كون المال الفلاني صدقة؛ إذ على التقادير المنضم إلىٰ المبيع الاشتراط المذكور.

قلت: لا نسلّم ذلك، بل الشرط الالتزام في البيع كنفس البيع، فيكون جزءً للعقد، لا للمبيع، ويكون المشروط بمنزلة المبيع، فاذا ضمَّ إليه ما يقبل تعلق البيع به بالنسبة إلىٰ المشتري كان كالجزء من المبيع، فيصدق أنّه صار ملكاً بسبب البيع في عالم اللب، بخلاف ما لا يكون كذلك.

والحاصل: أنّه إذا شرط ملكية المشتري فكأنّه قال «ملكتك هذا المال وهذا بكذا» فيكون التزاماً بيعياً، والتزاماً شرطياً يكون في قوه البيع، فيكون كما لو ورد البيع على المجموع، وأمّا ما إذا كان الشرط مما لا يمكن تعلق البيع به فليس كذلك، فاذا قلنا بصحته يلزم كونه متحققاً بلا سبب؛ إذ ليس في اللب جزء للمبيع ليصدق عليه أنّه ملكه بالبيع، فتدبّر.

هذا، والتحقيق ما عرفت من أنّ عموم «المؤمنون» كافٍ في السببية، ويدل على عدم اعتبار سبب آخر خرج ما خرج، وبقي الباقي.

٤٤١ ـ قوله ﷺ: (مدفوعة لعدم صلاحية ...الخ)[2].

---

(١) ما بين القوسين لا يوجد في نسخة «ب».

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦١.

أقول: هو كذلك في نظرنا، لكن يمكن أنْ يقال: إنَّ التوابع خرجت بالاجماع، بخلاف غيرها.

ثم قد عرفت أنَّ الفرق بين الموارد بالوجه الذي ذكرناه أولى من ذلك، وإنْ كان خلاف التحقيق أيضاً حسبما عرفت آنفاً[١].

٤٤٢ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنَّه يظهر من بعضهم** ...الخ)[٢].

أقول: مجرد وجود القائل بعدم الفرق لا يجدي في بطلان الفرق، إلا أنْ يكون الغرض مجرد التأييد من جهة وجود القائل بالتعميم، ولكن لا طائل فيه كثيراً كما لا يخفى.

٤٤٣ ـ **قوله**ﷺ: **(وكل مجهول** ...الخ)[٣].

أقول: هذا عبارة القواعد، ولم ينقل المصنّف كلام المحقق الثاني، يعني أنَّه ذكر في شرح هذه العبارة ما يظهر منه ما ذكر.

٤٤٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وكيف كان فالأقوى** ...الخ)[٤].

أقول: هو كذلك كما عرفت، لكن يبقى شيء، وهو أنَّه هل يجوز اشتراط ملكية شيء لأحد المتعاقدين أو غيرهما بعوض معين، كأنْ يقول «بعتك هذا الكتاب بعشر دراهم بشرط أنْ تكون دابتك لي أو لزيد ـ مثلاً ـ بعشرة دنانير» أو لا؟ وجهان مبنيان على أنَّ كل تمليك عين بعوض بيع أو لا، بل هو أعم منه، فانْ قلنا بالأول بطل ذلك الشرط؛ لأنَّ من المعلوم أنَّ البيع يحتاج إلى صيغة خاصة، وإنْ قلنا بالثاني وأنَّ التمليك بعوض إنَّما يكون بيعاً إذا كان بعنوانه وقصده، وإلا فلا، بل هو معاملة مستقلة فمقتضى ما ذكرنا صحته.

ومن هذا يظهر حال ما إذا اشترط ملكية منفعة بعوض فانْ قلنا إنَّه إجارة وإنْ لم

---

(١) التعليقة السابقة.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦١.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ٦١.

(٤) كتاب المكاسب ٦: ٦١.

يقصد عنوانها؛ إذ حقيقتها ليست إلا ذلك بطل الشرط، وإلا صح، ومن هذا يظهر حال ما أشرنا إليه سابقاً[١] من الفرق بين عنوان الانعتاق والحرية، فانّه يمكن منعه، وأنّ الانعتاق ليس إلا الحرية المسبوقة بالرقية، فلا يحتاج إلىٰ قصد عنوانه، وعلى هذا فيلزم التناقض في كلام المصنّف؛ حيث جعل الانعتاق مما لا اشكال في حاجته إلىٰ السبب الخاص، وجعل حرية العبد محل الاشكال.

والتحقيق: أنّ تمليك العين بعوض ليس إلا البيع، ويكفي في صيروته بيعاً قصد هذا المعنى؛ إذ هو قصد إلىٰ البيع وإن لم يكن ملتفتاً إلىٰ العنوان، وكذا في الاجارة والاعتاق، فتدبّر.

٤٤٥ ـ قولهﷺ: **(كما يصح نذر** ...الخ)[٢].

أقول: يمكن أنْ يكون مراده أنّ صحة هذا النذر أيضاً مثل الشرط في أنّه أقوى، ويمكن أنْ يكون مراده أنّ صحة النذر مفروغ عنها، وهذا هو الظاهر، وعليه فيرد عليه أنّ من استشكل في صحة الشرط المذكور استشكل في هذا النذر أيضاً، فانّ صاحب الجواهر المستشكل في شرط النتيجة ـ بدعوى أنّ الشرط ملزم لا مشرع ـ استشكل في النذر بعين هذه الدعوى، فراجع كلامه في مسألة نذر الأضحية في كتاب الصيد والذبائح[٣]، وفي كتاب العتق[٤]، وفي كتاب الزكاة[٥] في مسألة انقطاع الحول بتعلق النذر في اثنائه بعين النصاب.

نعم، حكي في هذه المسألة عن المدارك[٦] اسناد الصحة إلىٰ قطع الاصحاب، وكيف كان فلا يكون الصحة في النذر مفروغاً عنها حتى يقاس عليه مسألة الشرط، بل هما من وادٍ واحد، وعلى هذا فالاولى حمل عبارة المصنّف على

---

(١) تعليقة ٤٣٩.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦١.
(٣) جواهر الكلام ٣٦: ١٥٣.
(٤) جواهر الكلام ٣٤: ١٢٥.
(٥) جواهر الكلام ١٥: ٤٢.
(٦) مدارك الاحكام ٥: ٣١.

المعنى الأول، وإنْ كان خلاف الظاهر، فلا يكون غرضه التأييد للمقام، بل بيان حكم ذلك الباب، وأنّ الأقوى فيه أيضاً الصحة، فتدبّر.

٤٤٦ ـ **قوله**: (**وإنّما الخلاف والاشكال** ...الخ)[١].

أقول: الذي يقتضي عدم الاشكال في شروط النتيجة من عموم «أوفوا» و«المؤمنون» ونحو ذلك جارٍ بعينه في هذا القسم أيضاً؛ فلا ينبغي الاشكال فيه أيضاً؛ إذ لو استشكل في دلالة الأدلة المذكورة بدعوى أنّ عموم «أوفوا» لا يجري إلا في نفس العقد ولا يشمل الشرط، والمؤمنون ونحوه لا يستفاد منه أزيد من الرجحان يجري الاشكال في شروط النتيجة أيضاً؛ وذلك لأنّ مجرد حصول تلك الغاية كالملكية ونحوها لا يستلزم البقاء لامكان كونها متزلزلة، نعم مثل الحرية لا يقبل التزلزل، وإلا فالبقية قابلة له.

هذا مع أنّ اشتراط الفعل أيضاً إذا كان بمعنى التزامه وفرض صحته يكون موجباً لثبوت حق للشارط على المشروط عليه في إيجاد ذلك الفعل، وإذا كان مستحقاً عليه الفعل فيجب عليه الاتيان به ولو مع الاغماض عن دليل وجوب الوفاء بالشرط.

وبالجملة: كما أنّ اشتراط الملكية إذا كان صحيحاً فلازمه وجوب ترتيب آثارها، ولو أغمضنا عن دلالة المؤمنون على الوجوب فكذا اشتراط التمليك أو الاعتاق أو الخياطة؛ إذ لو فرض جواز الالتزام بهذه الأمور ـ بمعنى نفوذه ـ فلازمه استحقاق المشروط له وسلطنته على المشروط عليه في إيجادها، ألا ترىٰ أنّه لو التزم عملاً بعقد الاجارة، وقلنا بصحته يكفي ذلك في وجوب الاتيان به، ومن المعلوم عدم الفرق بين الالتزام به بعنوان الاجارة أو بعنوان الشرط، مع أنّ في بعض المقامات يحكم العرف بمجرد صحة الشرط، وأنّ المشروط له مالك في ذمة المشروط عليه ذلك الفعل، كما لو اشترط الخياطة فانّها عمل قابل للملكية، فيقال إنّه مالك لها في ذمته، كما إذا كانت بعنوان الاجارة أو الصلح.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٦١.

وأمّا الخلاف فهو أيضاً موجود في القسم الأول أيضاً على ما سيأتي من النسبة إلىٰ الشهيد في فتواه المطلقة، وما يذكره المصنّف من أنّ الكلام في اشتراط فعل سائغ ـ لا مثل اشتراط الوكالة، وأنّه لا يحسن عد التفصيل المنسوب إلىٰ الشهيد تفصيلاً في محل الكلام ـ مبني على تخيّل عدم امكان جريان الخلاف في القسم الأول؛ لأنّه إذا حصلت الغاية كالملكية مثلاً؛ لفرض صحة الشرط فلا معنى لعدم وجوب الوفاء بها، وقد عرفت أنّه يمكن أنْ يقال إنّه يحصل الملك المتزلزل بدعوى أنّ عموم «المؤمنون» لا يقتضي أزيد من الاستحباب.

والحاصل: أنّ تخصيص الخلاف والاشكال بالقسم الثاني كما ترىٰ، ولذا ترىٰ أنّ الفقهاء يذكرون الأقوال في كلي المسألة، ولا يخصصون بالقسم الثاني فراجع، مع أنّ الظاهر من عبارة الدروس[1] التي بعد ذلك في باب تأجيل القرض هو عدم لزوم الشرط في القسم الأول أيضاً، فانّ شرط التأجيل من شروط النتيجة، فتدبّر.

نعم، لو جعل الشرط بالنسبة إلىٰ الأفعال من باب الشرط الأصولي ـ بمعنى العدم عند العدم، الذي يرجع إلىٰ التعليق كما هو ظاهر كلام الشهيد في بيان السر في التفصيل، لا بحيث يرجع إلىٰ تعليق أصل العقد؛ حتى يكون باطلاً، بل بما أشرنا إليه سابقاً من ارجاعه إلىٰ لزوم العقد ـ كان للفرق بين القسمين وجه؛ حيث إنّ شرط النتيجة لا يعقل أنْ يكون بمعنى التقييد والتعليق؛ إذ لو فرض كونه تعليقاً لا يكون انشاءً للملكية مثلاً، فاذا قال «بعتك هذا الكتاب بشرط أنْ تكون دابتك لي» وأراد أنّ البيع أو لزومه إنّما يكون على هذا الفرض، فلا يكون هذا انشاء للملكية للدابة، فلا بدّ أنْ يكون بمعنى الالتزام، وحينئذٍ يكون واجب الوفاء بمقتضى القاعدة بعد فرض الصحة، بخلاف شرط الفعل إذا كان بمعنى التقييد، فانّ شأنه ليس إلا قلب العقد اللازم جائزاً، ولو قلنا بدلالة «المؤمنون» على وجوب الوفاء، لأنّ الوفاء به حينئذٍ ليس إلا التزام عدم اللزوم عند عدم الفعل، إذ هو راجع في الحقيقة ـ بناءً على ما قلنا من رجوع التعليق إلىٰ اللزوم، لا إلىٰ أصل البيع ـ إلىٰ

---

(١) الدروس الشرعية ٣: ٣٢٤.

اشتراط الخيار.

ومما بيّنا ظهر أنّ عمدة المطلب اثبات كون الشرط بمعنى الالتزام، لا بمعنى التقييد، بدعوى أنّ ما بيد أهل العرف هو ذلك، وإلا فدلالته على لزوم الشرط ووجوب الوفاء به مما لا اشكال فيه؛ إذ حمله على مطلق الرجحان بعيد، ولو فرض يكفينا عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ وغيره من أخبار الشرط الدلالة على وجوب الوفاء به ولزومه حسبما يشير إليه.

فتبيّن أنّ الذي يقتضيه التحقيق أنْ يفصّل في المقام بين ما إذا كان قصد المتشارطين الالتزام أو التقييد؛ لما عرفت سابقاً من امكان الثاني أيضاً، بجعله راجعاً إلى لزوم المعاملة، وأنّ عموم «المؤمنون» يدل على الأعم، إذ الشرط فيه بمعنى مطلق الجعل، سواء كان من باب الالتزام أو التقييد، فيجب الوفاء بكلٍ على حسبه، ولازمه وجوب الاتيان بالفعل على تقدير الالتزام، وعدم وجوبه على تقدير إرادة التقييد والتعليق، ولا يبعد دعوى أنّ ما بيد العرف أيضاً كلا الوجهين، فقد يريدون الالتزام، وقد يريدون التعليق، فتدبّر. هكذا ينبغي تحقيق المقام.

❑ الأولى: يجب الوفاء بالشرط

٤٤٧ ـ قولهﷺ: **(الظاهر النبوي**ﷺ **...الخ)**[1].

أقول: إمّا باستعمال الجملة الخبرية في الانشاء فقوله ﷺ (عند شروطهم) يعني ليكونوا كذلك، وإمّا بتقدير قوله «ليكونوا»، فيكون من مجاز الحذف، وإمّا باستعمالها في الاخبار، وجعله كناية عن الوجوب، لا من باب المجاز، فيكون المستعمل فيه الاخبار لكن ينتقل منه إلى إرادة الانشاء؛ وذلك كما في استعمال الأمر وإرادة الاخبار، كقول الطبيب للمريض «اشرب الدواء» فانّه أريد منه الطلب، لكن لا حقيقة، بل لينتقل منه إلى أنّ شرب الدواء نافع.

ولا يصح استعمال الأمر في الاخبار مجازاً كما يصح عكسه؛ لعدم العلاقة المصححة في الأول دون الثاني، فما يتداول بينهم من أنّ الأمر مستعمل في

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٦٢.

الاخبار إنْ أرادوا به من ما ذكرنا من الكناية والارشاد، بأنْ يكون اللفظ مستعملاً في معناه الحقيقي ـ وهو الطلب، لكن للعبور إلىٰ معنى آخر ـ فهو حق، وإنْ أرادوا ما هو ظاهره من كونه من باب المجاز فهو غير صحيح.

بل يمكن أنْ يقال: إنَّ استعمال الجملة الخبرية في الطلب أيضاً لا يكون إلا على وجه الكناية، ولا يصح على وجه المجاز، لكن الظاهر أنَّه لا مانع من جعله من باب المجاز أيضاً، والفرق تحقق المؤانسة وعدمه.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ قولهﷺ «المؤمنون» مستعمل في الاخبار، وليس من باب الكناية أيضاً، ومع ذلك يستفاد منه وجوب الوفاء، فانَّه يدل على أنَّ من لا يكون عند شرطه لا يكون مؤمناً؛ إذ هو في قوة أنْ يقال «المؤمنون هم الذين يكونون عند شروطهم» فمن لا يكون عاملاً بشرطه لا يكون مؤمناً، ومن المعلوم وجوب الايمان؛ فيجب العمل بالشرط، فتدبّر.

وأمّا حمله على إرادة الطلب الندبي دون الوجوبي فمما يأباه سياقه، مضافاً إلىٰ استشهاد الامامعليه السلام في غير واحد من الاخبار لاثبات وجوب الوفاء، فراجع[1].

٤٤٨ ـ قولهرحمه الله: (من المشروط عليه لا من الشارط ...الخ)[2].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ الاستثناء إنَّما هو من المشروط عليه على الوجهين، والفرق أنَّه على أحدهما يكون المراد العصيان في أصل الاشتراط، بأنْ يكون مخالفاً للكتاب والسنة، وعلى الآخر العصيان في الوفاء به والعمل عليه، بمعنى ترك الوفاء.

والحاصل: أنَّ متعلق العصيان مقدّر، فانَّ أريد منه إلا من عصى الله في الاشتراط لا دخل له بما نحن فيه، وإنْ أريد إلا من عصى الله في كونه عند شرطه ـ بمعنى الوفاء به ـ كان مؤيداً للمطلب، ولعل مراد المصنّف من كونه استثناء من الشارط كونه استثناء من المشروط عليه من حيث إنَّه شارط على نفسه، لا من حيث إنَّه

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٢.

مشروط عليه، لكنه تكلّف، والتحقيق ما ذكرنا.

ثم لا يخفىٰ أنّه لو كان المراد العصيان في الوفاء الأنسب أنْ يراد من القضية الاخبار ليكون الاستثناء على حقيقته، سواء جعل كناية عن الطلب أو لا، إذ لو أريد منه الانشاء من باب المجاز يكون حاصل المعنى أنّه يجب أنْ يكون المؤمن عند شرطه إلا إذا كان عاصياً فانّه ليس يجب عليه حينئذٍ، وليس كذلك قطعاً، فلا بدّ من جعل الاستثناء على هذا التقدير مجازاً، بخلاف ما لو أريد منه الاخبار فانّه يمكن ابقاؤه على حقيقته، فتدبّر.

٤٤٩ ـ قولهﷺ: **(هذا كله مضافاً إلىٰ عموم** ...الخ)[١].

أقول: هذا إنّما يتم إذا كان المراد من الشرط الالتزام حسبما بيّنا، وإلا فلو أريد منه الشرط الاصولي لا ينفع كونه كالجزء كما لا يخفىٰ، فالعمدة هو اثبات ذلك كما عرفت، وإلا فجميع أخبار الشرط دالة على لزومه ووجوب الوفاء به على حسب ما شرط على اختلاف تعبيراتها، فانَّ في بعضها قوله ﷺ (فليتم للمرأة شرطها)[٢]، وفي جملة منها (يفي لها بذلك)[٣]، وهو ظاهر في الوجوب، وفي بعضها (يجوز عليه ذلك أو يلزمه ذلك)[٤]، إلىٰ غير ذلك، فراجع.

٤٥٠ ـ قولهﷺ: **(خلافاً الظاهر الشهيد** ...الخ)[٥].

أقول: وعن الدروس (ولو شرط تأجيله ـ أي تأجيل القرض ـ في عقد لازم قال الفاضل يلزم تبعاً للّلازم، ويشكل بأنَّ الشرط في اللازم يجعله جائزاً فيكف ينعكس)[٦]، وعن الحواشي (أنَّ في ذلك اشكالاً؛ لأنّه إنْ أريد بلزومه توقف العقد المشروط عليه فمسلم، لكنه خلاف المتبادر من كونه لازماً ولا يقتضيه أيضاً كما

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٦٢.
(٢) الكافي ٥: ٤٠٤، باب الشرط في النكاح.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٤٠ من ابواب المهور، ح ١.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٤٠ من ابواب المهور، ح ١.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٦٢.
(٦) الدروس الشرعية ٣: ٣٢٤.

هو ظاهر؛ إذ العقود المشروط فيها شروط لا يقتضي لزومها، بل فائدتها تسلّط من يتعلق غرضه بها على الفسخ بالاخلال بها، وإنْ أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه ـ بمعنى أنّه لا سبيل إلىٰ الاخلال به ـ لم يطرد، إلّا أنْ يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع، ويجعل التأجيل من قبيل الواقع، فيتم بهذا)[1] انتهىٰ.

أقول: العبارة الأولى ظاهرة في أنّ الشرط مطلقاً ولو كان من شروط النتيجة من شأنّه قلب اللازم جائزاً، والعبارة الثانية ظاهرة في التفصيل، فتدبّر.

٤٥١ ـ **قوله**ﷺ: **(وجعل السر فيه أنّ اشتراط** ...الخ)[2].

أقول: هذا الكلام كالصريح في ما احتملنا من كون شرائط النتيجة بمعنى الالتزام، وشرائط الافعال بمعنى التعليق، وحينئذٍ يكون الفرق في محله، لكن التحقيق ما عرفت من أنّ شرط الفعل أيضاً راجع إلىٰ الالتزام في الغالب، وإنْ كان قد يكون بمعنى التعليق، وحينئذٍ فلا بدّ من التفصيل كما عرفت[3].

٤٥٢ ـ **قوله**ﷺ: **(فلا يقال إنّه يجب فعله أو لا يجب** ...الخ)[4].

أقول: نعم، ولكن يمكن أنْ يكونه لازماً لا يجوز فسخه، ويجب ترتيب الآثار عليه في المستقبل، أو جائزاً فيجوز فسخه كما عرفت، فلو قلنا بأنّ المستفاد من أدلة الشرط ليس إلا رجحان العمل به يكون لازمه ذلك كما بيّنا، فتدبّر.

٤٥٣ ـ **قوله**ﷺ: **(معلق على التزامك** ...الخ)[5].

أقول: لو كان الشرط بمعنى التعليق يكون الالتزام بالمعاوضة معلّقاً على نفس العتق لا الالتزام به، وإنْ أريد من الالتزام به إيجاده ـ كما هو ظاهر قوله (فاذا لم يلتزم بالاعتاق...الخ) ـ فلا بأس به، إلّا أنْ ادراج لفظ الالتزام مما لا حاجة إليه، ولا فائدة فيه.

---

(١) حكاه عنه الجواهر ٢٥: ٣٢.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٣.

(٣) تعليقة ٤٤٧.

(٤) كتاب المكاسب ٦: ٦٣.

(٥) كتاب المكاسب ٦: ٦٤.

٤٥٤ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنَّ المعروف بينهم ...الخ)**[١].

أقول: بناءً على كونه بمعنى التعليق يكون نفس الاشتراط بمعنى التقييد بمنزلة الجزء من أحد العوضين، فلا دلالة في قولهم هذا على كون الشرط بمعنى الالتزام، لا التعليق، ودعوى عدم صلاحية التقييد لكونه كالجزء كما ترىٰ؛ إذ البيع المقيد بقيد يختلف عوضه مع ما لا قيد فيه؛ خصوصاً إذا كان مقيداً بمثل خياطة الثوب مما لا قيمة [له] في العرف.

٤٥٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وأنَّ مقتضى القاعدة ...الخ)**[٢].

أقول: فيه منع، فانَّ قوله «بعتك هذا العبد على أنْ تعتق» ليس آبياً عن إرادة التقييد، بأنْ يكون في قوة قوله بقيد أنْ تعتق، وكذا إذا قال «بشرط أنْ تعتق»، وهذا واضحٌ جداً.

٤٥٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وأنَّ رجوعه إلىٰ التعليق ...الخ)**[٣].

أقول: هذا إنَّما يتم إذا كان المراد تعليق أصل البيع، وأمَّا إذا كان المراد تعليق لزومه ـ كما هو كذلك في أنظار العرف إذا قيدوا غالباً ـ فلا يتم، بل هو نظير اشتراط الخيار، بل هو راجع إليه في الحقيقة.

فانْ قلت: إنَّ القيد في الكلام راجع إلىٰ ما ذكر أولاً، وهو نفس انشاء البيع، فلا وجه لارجاعه إلىٰ اللزوم الذي لم يذكر أصلاً.

قلت: نعم، ولكن قوله «بعتك» لما كان في قوة قوله ملكتك ملتزماً بذلك أبداً صح ارجاع القيد إلىٰ الالتزام المفهوم منه، وهذا أمر مركوز في أذهانهم في مقام الاشتراط، فانَّهم لا يرجعون القيد إلىٰ أصل المعاملة، بل إلىٰ الالتزام بها المفهوم من العقد، ألا ترىٰ أنَّه لو قال «بعتك هذا العبد بشرط أنْ يكون كاتباً» ليس المراد منه إلا التقييد، إذ قد عرفت أنَّه لا معنى لارادة الالتزام منه، ومع ذلك لو تخلَّف لا

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٦٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٦٥.

يقولون إنّه غير مبيع، بل يجوّزون أخذه من جهة البيع المذكور، فيكشف هذا عن أنّ مرادهم من قولهم بشرط أو بقيد كذا أنّ الالتزام به وعدم الرجوع عنه مقيد بكذا، فتدبّر.

ومن ذلك ظهر عدم تمامية الايراد الأخير، وهو أنّ لازم التعليق ارتفاع العقد من رأس، لا انقلابه جائزاً؛ لأنّ ذلك إنّما يتم إذا جعل قيداً لأصل العقد، لا للالتزام به.

فالأولى في الايراد على ما ذكره الشهيد منع كون المراد من اشتراط الفعل التعليق، وأنّ الذي بيد العرف من ذلك هو إرادة الالتزام، وإنْ كان قد يكون بمعنى التعليق أيضاً حسبما بيّنا، ومعه فمقتضى القاعدة عدم وجوب الوفاء كما عرفت[1].

بقي شيء: وهو أنّ مقتضى ما ذكر من الأدلة على وجوب الوفاء بالشروط وجوب ذلك، وإنْ كانت في العقود الجائزة، نعم الاستدلال بعموم «أوفوا» بدعوى أنّ الشرط بمنزلة الجزء من أحد العوضين لا يجري هاهنا؛ لأنّ المفروض عدم وجوب الوفاء بالعقد، وإلا فغيره من الاخبار المتقدمة كلها جارية في المقام، نعم وجوب الوفاء بها ما دام العقد باقياً، فاذا فسخ لا يجب الوفاء بالشرط؛ لما سيجيء من أنّه تابع للعقد، وهذا لا ينافي وجوب الوفاء بها في حد أنفسها، فلو اشترط في ضمن الوكالة خياطة ثوب أو عتق عبد وجب ذلك، نعم يجوز له فسخ الوكالة ليرتفع موضوع الوجوب.

ولا فرق في ذلك بين شرط الغاية والسبب، ولا بين ما يكون من متعلقات العقد ومقيداته ـ كما إذا اشترط في الوكالة أنْ يبيع من زيد أو في مكان كذا وهكذا ـ ولا يكون كذلك كاشتراط العتق والخياطة والصدقة ونحوها فيها، بل القسم الأول مما لا اشكال فيه بالنسبة إلىٰ مثل الوكالة والمضاربة ونحوهما من العقود الاذنية، فانّه في الحقيقة راجع إلىٰ تخصيص الاذن وتقييد المتعلق، هذا.

ولكن يظهر من الفقهاء عدم وجوب الوفاء بالشرط في العقد الجائز، فانّهم ذكروا أنّه لو اشترط الأجل في عقد الشركة لا يلزم، وعلله بعضهم بأنّه من جهة أنّ

---

(١) تعليقة ٣٤٢.

العقد جائز فلا يجب الشرط فيه، وهو ظاهر كلام غير المعلل أيضاً، لأنّه لا وجه لعدم اللزوم غير ذلك.

ودعوى أنّه من جهة كونه منافياً لمقتضى العقد كما ترى؛ مع أنّه لو كان كذلك وجب بطلان الشرط المذكور؛ إذ ما كان في عقد آخر لازمٌ أيضاً، والظاهر عدم التزامهم به.

وكذا ذكروا في باب المضاربة أنّه لو اشترط الأجل لا يلزم الوفاء به، وعلله بعضهم بما ذكر من كون العقد جائزاً، وهو ظاهر غيره أيضاً لما ذكرنا، وأيضاً ذكر جماعة كالشيخ[1] والعلامة[2] والمحقق الثاني[3] في الباب المذكور أنّه لو اشترط في العقد مضاربة مال آخر أو خدمة أو عملاً آخر صح، ولا يلزم الوفاء به، وصرح به صاحب الجواهر أيضاً[4]، وكذا ذكروا في باب القرض أنّه لا يلزم اشتراط الأجل فيه معللين بما ذكر، مع أنّهم صرحوا بلزومه إذا كان في عقد آخر لازم، وهذا صريح في أنّ الوجه في عدم اللزوم جواز العقد، لا المنافاة للعقد، ولا المخالفة للكتاب والسنة.

وكذا ذكر بعضهم في وجه تردد المحقق في باب الرهن[5] في جواز عزل الوكيل المشترط وكالته في عقد الرهن بأنّه من جهة أنّ الرهن وإنْ كان لازماً من طرف الراهن، إلا أنّه جائز من طرف المرتهن.

وبالجملة: يظهر من التتبع في كلماتهم ما ذكرنا من عدم وجوب الوفاء بالشروط في العقود الجائزة، بل يظهر من بعضهم كونه من المسلمات؛ حيث يرسلونه ارسالها، وظاهرهم عدم الفرق في ذلك بين شرط السبب والغاية؛ إذ الامثلة المذكورة كلها من قبيل الأول إلا المورد الأخير فانّه من شرط الفعل.

---

(١) المبسوط ٣: ١٩٧.
(٢) القواعد ١: ٢٤٤.
(٣) جامع المقاصد ٨: ٥٥.
(٤) جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٢.
(٥) حكاه الجواهر ٢٥: ١٦٦.

فانْ قلت: لعل نظرهم في عدم وجوب الوفاء إلىٰ ما اعترفت به من جواز فسخ العقد ليرتفع موضوع الوجوب، لا إلىٰ عدمه، وإنْ كان العقد باقياً.

قلت: هذا وإنْ كان محتملاً في المورد الأخير، إلا أنَّه لا يتم في غيره من الموارد المذكورة؛ إذ مقتضى الشرط لزوم العقد فيها، فمع كونه مما يجب الوفاء به في حد نفسه يلزم كون العقد لازماً إلىٰ آخر الأجل.

نعم، في المورد الأخير يمكن ذلك؛ حيث إنَّ الشرط فيه غير مستلزم للـزوم العقد، مع أنَّ صاحب الجواهر صرّح في ذلك المورد بأنَّ المراد من عدم وجوب الوفاء به عدمه في حد نفسه، لا بلحاظ فسخ العقد المستلزم لفوات موضوعه، قال (وهذا هو الظاهر من كلام الشيخ والعلامة).

وكيف كان فلا وجه لما ذكروه إلا ما ادعاه صاحب الجواهر في بحث المضاربة في المورد الأخير الذي حكيناه من أنَّ عموم «المؤمنون» إنَّما يقتضي صحة الشرط، وأمَّا وجوب الوفاء به فهو من جهة تبعيته للعقد وكونه كالجزء له، فاذا كان جائزاً فيكون هو أيضاً كذلك، قال (ولعل هذا مراد الشيخ والفاضل في التحرير، لا أنَّ المراد عدم لزوم الوفاء بالشرط باعتبار جوازالعقد، وإلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد؛ إذ هو كما ترىٰ لا دليل عليه، بل المعلوم خلافه؛ ضرورة عدم كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وإنْ لم يفسخ العقد، فانَّ من استودع أو وكّل أو استعار أو ضارب ـ أي جاء بعقد من هذه العقود ـ لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك، فالشرط أولى)[1] انتهىٰ.

وأنت خبير بما فيه؛ إذ مقتضى عموم «المؤمنون» وسائر الاخبار وجوب الوفاء به، بل وجوب الوفاء بالشروط البدوية أيضاً إذا قلنا بصدق الشرط عليها، هذا مضافاً إلىٰ الأخبار الواردة في وجوب الوفاء بالوعد، هذا.

ولا يخفىٰ أنَّ لازم كلماتهم عدم وجوب الوفاء بالشروط في ضمن البيع ونحوه أيضاً في مدة الخيار، مع أنَّ الظاهر عدم التزامهم به، نعم الشروط المتعلقة

---

(١) جواهر الكلام ٢٦: ٣٤٣.

بمتعلقات العقود الجائزة الاذنية يجب عندهم الوفاء بها، ولا يلزم من دليلهم أيضاً خلاف ذلك، ولكن هذا أيضاً ليس من جهة أنّه شرط، بل من جهة كونه راجعاً إلىٰ تخصيص الاذن وتقييد المتعلق، ففي الحقيقة هذه خارجة عن محل الكلام والاشكال.

ثم لا يخفىٰ أنّ لازم ما ذكرنا لزوم عقد الوكالة إذا اشترط فيها عدم العزل، ولازم ما ذكروه عدم لزومه من جهة أنّ العقد من حيث هو جائز، فيكون الشرط أيضاً جائزاً، فلا يفيد اللزوم.

ودعوى: أنّه إذا اشترط عدم العزل فلا يبقى مجال لجواز الفسخ حتى يكون العقد جائزاً، ويتبعه الشرط.

مدفوعة: بأنّه إذا فرض كون لزوم الشرط موقوفاً على لزوم العقد فلا يلزم ذلك العقد بهذا الشرط، وإلا لزم الدور، هذا.

ومن الغريب أنّ صاحب الجواهر ذكر في باب اشتراط تأجيل القرض[1] أنّه لا يلزم، مع أنّه جعل القرض من العقود اللازمة، وتمسك في ذلك باطلاق ما دلّ على جواز الرجوع في القرض ورجحان الانظار والامهال والترغيب في ذلك، فانّها ظاهرة أو صريحة في الندب، خصوصاً مثل قوله صلى الله عليه وآله (من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور سيناء حسنات، وإنْ أرفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب)[2]، وقوله صلى الله عليه وآله (من أقرض مؤمناً قرضاً حسناً ينظر ميسوره كان له في زكاة، وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه)[3]، وغيرهما مما هو كالصريح في جواز رجوعه ومطالبته أي وقت شاء، وأنّه محسن لا سبيل عليه، فانّ مقتضى اطلاقها جوازه حتى مع اشتراط الأجل.

قال: بل قيل إنّه إذا لم يجب الوفاء بالأجل المدلول عليه بنفس العقد ضمناً ـ مع

---

(١) جواهر الكلام ٢٥: ٣٠.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب الدين والقرض، ح ٥.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب الدين والقرض، ح ٣.

أنَّ الأصل لزوم الوفاء به ـ فعدم الوجوب إذا كان مدلولاً عليه بالشرط أولى، على أنَّ التعارض بين ما دلَّ على لزوم الشرط وما دلَّ على استحباب القرض ـ وأنَّ لكل منهما الرجوع متى شاء، وإنْ لم يكن بمعنى فسخ ملك العين المتقرضة ـ من وجه، ولا ريب أنَّ الترجيح للثاني، ولو للشهرة العظيمة، بل الاجماع المحكي الذي يشهد له التتبع.

ثم ناقش في دلالة الأخبار المذكورة بمنع تعلق الاستحباب إلا بايجاد السبب، وهو القرض، وأجاب بمنع ذلك، وأنَّها ظاهرة في استحبابه استدامة أيضاً، هذا مع أنَّه معترف بصحة الشرط المذكور إذا كان في عقد لازم آخر كما هو المعروف بينهم.

قلت أولاً: أنَّ الاطلاقات المذكورة لا نظر فيها إلا إلىٰ بيان أصل الاستحباب، ولا تعرّض لحال الاستدامة، وعلى فرضه فلا اطلاق فيها بالنسبة إلىٰ حال الشرط.

وثانياً: أنَّ أدلة الشروط حاكمة على أدلة الأحكام، ولا يلحظ بينهما المعارضة كما هو واضح.

وثالثاً: لو تمَّ ما ذكره لزم عدم صحته إذا كان في عقد لازم آخر، مع أنَّه اعترف وفاقاً للمعروف بصحته، وما ادّعاه من أنَّ الشهرة هاهنا ترجيح أخبار الشرط بعكس السابق كما ترىٰ.

ورابعاً: أنَّ مقتضى اطلاق قوله تعالى ﴿إذا تداينتم﴾[1] الظاهر في لزوم الأجل لزومه في القرض أيضاً، بل يدل عليه مضمر الحسين بن سعيد (عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلىٰ أجل مسمى ثم مات المستقرض، أيحل مال القارض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل ما للمستقرض في حياته؟ فقال عليه السلام: إذا مات فقد حل مال القارض)[2] فانَّه ظاهر في عدم استحقاق المطالبة قبل الأجل، بل يمكن الاستدلال أيضاً بالمروي عن ثواب الأعمال (من أقرض قرضاً وضرب له

---

(١) البقرة، الاية ٢٨٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الدين والقرض، ح ٢.

أجلاً ولم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم تأخر عن ذلك الأجل مثل صدقة دينار)[١].

وبالجملة: مقتضى القاعدة لزوم الشرط المذكور، ويؤيدها الأدلة المذكورة أيضاً، وكان الاولى لصاحب الجواهر الذي مذهبه عدم لزوم الشرط في ضمن العقد الجائز أنْ يقول في المقام إنّ عقد القرض وإنْ كان لازماً من حيث عدم جواز فسخه ومطالبة عين المال المقترض إذا كانت موجودة، إلا أنّه لما كان يجوز له المطالبة بالاداء كل وقت شاء كان كالعقود الجائزة، فيلزمه حكمها من عدم لزوم الشرط فيها بناءً على ما ذهب إليه، فانّ ملاك عدم اللزوم في العقد الجائز موجود هنا أيضاً، بل هذا المعنى المذكور أيضاً نوع من جواز العقد، فتدبّر.

❑ الثانية: هل يجوز اجباره

٤٥٧ ـ قولهﷺ: **(في أنّه لو قلنا بوجوب ...الخ)**[٢].

أقول: يتصوّر القول بعدم الاجبار مع القول بوجوب الوفاء على وجهين:

أحدهما: أنْ يدّعى الوجوب المستفاد من الأدلة هو الوجوب التعبدي التكليفي الصرف، ولا يستفاد منها الوجوب الوضعي بمعنى تعلق حق للشارط في ذمة المشروط عليه، نظير الوجوب الجائي من قبل النذر، فانّه لو نذر أنْ يعطي زيداً درهماً يجب عليه ذلك، لكن لا يصير زيد مالكاً عليه شيئاً، بحيث يكون له المطالبة به، ففي المقام أيضاً يقال وإنْ وجب عليه بالشرط إلا أنّه لا يصير مسلّطاً على المطالبة، نعم يجوز له المطالبة، بل الاجبار من باب الأمر بالمعروف، لكن هو وغيره سواء في ذلك.

والحاصل: أنّ النزاع في جواز الاجبار وعدمه بناءً على تسليم الوجوب التكليفي يرجع إلى أنّ هذا الوجوب هل هو تكليفي صرف أو لا، بل هو ناشٍ من الوجوب

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب الدين والقرض، ح ١، ثواب الاعمال ١٣٨، باب ثواب من اقرض مؤمناً.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٦.

الوضعي، الذي هو كون المشروط له مستحقاً للشرط على المشروط عليه.

الثاني: أنْ يقال سلّمنا أنَّ الوجوب ليس تكليفاً صرفاً وأنَّ المشروط له ذو حق، إلّا أنَّ هذا الحق ليس على حد سائر الحقوق، بحيث يمكن مطالبته والاجبار عليه إلا من باب الأمر بالمعروف.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ النذر أيضاً من هذا القبيل، وأنَّ المنذور له يصير ذا حق، إلا أنّه ليس له المطالبة.

وبالجملة: الحق قسمان، قسم يجوز مطالبته، وقسم لا يجوز وإنْ كان واجباً على من عليه أداؤه، وعلى الوجه فيرجع النزاع إلىٰ كون حق الشرط من أي القسمين.

ثم إنَّ الاقوال في المسألة ثلاثة على ما يظهر من المتن، جواز الاجبار مطلقاً، وعدمه كذلك مطلقاً، والتفصيل بين ما كان حقاً للبائع فلا يجوز الاجبار، وحقاً لغيره فيجوز كما يظهر من الصيمري، ولعل الوجه فيه أنَّ البائع يمكنه الفسخ استدراكاً لحقه، بخلاف غيره؛ إذ لا طريق له إلا الاجبار.

ويمكن أنْ يستظهر من بعض عبارات العلامة قولاً رابعاً، وهو الفرق بين ما يكون من متعلقات المعاملة كالرهن والكفيل وتعجيل الثمن فيجوز الاجبار، وبين ما يكون أجنبياً عنها كاشتراط العتق واعطاء فقير كذا، بل مثل خياطة الثوب ونحوها أيضاً فلا يجوز، والوجه فيه أنَّ القسم الأول يكون بمنزلة نفس العوضين في جواز الاجبار على تسليمه، بخلاف الثاني، فتأمل.

٤٥٨ ـ قوله‌ﷺ: (فانَّ ظهور النبوي‌ﷺ ...الخ)[١].

أقول: استفادة الفتوى والقول بمجرد هذا مشكل، ألا ترىٰ أنَّ الشهيد أيضاً يستدل بهذا العموم قطعاً، ومع ذلك لا يقول بوجوب الوفاء، مع أنّه يمكن أنْ يكون ممن يجعل الشرط بمعنى التقييد، لا الالتزام.

٤٥٩ ـ قوله‌ﷺ: (بل الاستدلال به ...الخ)[٢].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٦٨.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٨.

أقول: هذا وجه آخر لاستفادة القول المزبور من مثل الشيخ، وحاصل تقريبه أنّه إذا كان الشيخ ومن تبعه ممن يقول بعدم كون الشرط الفاسد مفسداً فلا بدّ أنْ يجعل الشرط بمعنى الالتزام لا التقييد، وحينئذٍ لا يصح له الاستدلال على صحة الشرط بالعموم المذكور إلا مع إرادة الوجوب؛ إذ الاستحباب على هذا لا يدل على الصحة؛ لامكان كون الشرط الفاسد أيضاً مستحب الوفاء، وهذا بخلاف ما إذا كان ممن يقول بكون الشرط الفاسد مفسداً فانّه لا يلزمه أنْ يجعل الشرط بمعنى الالتزام، بل يمكنه أنْ يجعله بمعنى التعليق والتقييد، وحينئذٍ فلا يحتاج في الاستدلال بالعموم إلىٰ إرادة الوجوب منه، بل يمكنه أنْ يقول المراد أنَّ المؤمنين مأخوذون بشروطهم.

والحاصل: أنَّ القائل بكون الشرط الفاسد غير مفسد لا يمكنه الاستدلال لصحة الشروط الصحيحة بعموم المؤمنون إلا مع إرادة الوجوب منه، إذ لو أريد منه الاستحباب لا يدل على الصحة؛ لأنَّ الشرط الفاسد أيضاً مستحب الوفاء، أو يمكن أنْ يكون كذلك، وأمّا القائل بكون الشرط الفاسد مفسداً فلا يحتاج في الاستدلال بالعموم المذكور على صحة الشروط إلىٰ إرادة الوجوب منه؛ إذ لعله ممن يقول إنَّ الشرط بمعنى التعليق، ومعه يمكن الاستدلال به ولو مع عدم إرادة الوجوب منه، ولما كان الشيخ من القائلين بعدم الافساد، وقد استدل بالعموم المذكور على صحة الشروط، والمفروض أنّه قال الأقوى عدم الاجبار، فيكون ممن يقول بوجوب الوفاء وعدم الاجبار.

فانْ قلت: القائل بالافساد لا يلزم أنْ يجعل الشرط بمعنى التعليق؛ لامكان أنْ يجعله بمعنى الالتزام ويقول بافساد الفاسد منه، من حيث إنَّ الرضا الباطني مقيد بمالكية الشرط، فمع عدم الصحة وعدم تملّكه له لا يكون راضياً بالعقد، فلا وجه لتخصيص الاستفادة بالبناء على كون الشرط الفاسد غير مفسداً.

قلت: نعم، ولكن كما يحتمل هذا يحتمل أنْ يجعله بمعنى التقييد والتعليق أيضاً، وإذا جاء الاحتمال فلا يمكن الاستظهار المذكور، وهذا بخلاف ما لو يقل

بكونه مفسداً فانَّه يتعين أنْ يجعله بمعنى الالتزام، ومعه يتم الاستظهار، هذا.

ولكن استفادة المذهب من هذا الوجه أيضاً مشكل؛ وذلك لاحتمال أنْ يجعل الشرط بمعنى التعليق، ولا يقول بكون الفاسد منه مفسداً من جهة ارجاع التعليق إلىٰ الالتزام بالمعاملة، لا إلىٰ أصلها حتى يستلزم انتفائها عند انتفاء القيد المعلق عليه، وحينئذٍ فلا يتوقف الاستدلال على إرادة الوجوب.

وأيضاً يمكن أنْ يجعل الشرط بمعنى الالتزام، ويستفيد الصحة مع إرادة الاستحباب أيضاً؛ لأنَّ استحباب الوفاء بالشرط بما هو شرط دليل على صحته، وأمَّا استحباب الوفاء بالفاسد فليس من حيث إنَّه شرط، بل من حيث إنَّه وعد، فلا نسلّم عدم المنافاة بين الاستحباب والفساد، فتدبّر.

هذا، ويمكن أنْ يقال في توجيه كلام المصنف بوجه آخر، وهو أنْ يقال: إنَّ قلنا إنَّ الشرط الفاسد غير مفسد فلا بدَّ في الاستدلال بالعموم على الصحة من إرادة الوجوب؛ إذ مع إرادة الاستحباب لا يدل على الصحة [من إرادة الوجوب؛ إذ مع إرادة الاستحباب لا يدل على الصحة؛][1] إذ الاستحباب لا ينافي الفساد، فانَّ الشرط الفاسد في ضمن العقد المفروض بقاؤه على الصحة لا يخرج عن كونه وعداً فيستحب الوفاء به من هذه الجهة، وهذا بخلاف ما لو قلنا إنَّ الشرط الفاسد مفسد، فانَّه حينئذٍ يوجب خروج الشرط عن موضوعه؛ إذ هو مشروط بكونه في ضمن العقد، ومع فساد العقد [لا] شرط؛ حتى يقال إنَّه مستحب الوفاء من باب أنَّه وعد، فمع إرادة الاستحباب أيضاً يمكن الاستدلال به على الصحة؛ إذ المفروض أنَّه على هذا ينافي الاستحباب للفساد.

والحاصل: أنَّ الشرط وإنْ كان بمعنى الالتزام على التقديرين إلَّا أنَّ تحقق موضوعه في الخارج موقوف على بقاء العقد، وبعبارة أُخرىٰ التزام على تقدير حصول أثر العقد لا مطلقاً، فمع فرض صحة العقد موضوعه متحقق، فيمكن أنْ يكون فاسداً مستحب الوفاء، فعلى هذا إنْ أُريد الاستدلال على الصحة لا بدَّ من

---

(١) ما بين القوسين لا يوجد في «ب».

إرادة الوجوب.

وأمّا مع فرض عدم صحة العقد فلا يبقى موضوعه حتى يكون مستحب الوفاء؛ إذ المفروض أنّه التزام مشروط بالبيع، ومع بطلانه لا يبقى الالتزام الشرطي أيضاً، فشمول العموم المذكور له ولو بارادة الاستحباب لا يمكن إلا إذا كان صحيحاً، فيمكن مع فرض إرادة الاستحباب أيضاً، فصح على هذا أنّ استظهار المذهب المذكور من الشيخ ومن تبعه إنّما هو من جهة قولهم بعدم كون الفاسد مفسداً، هذا.

ولكن يرد على هذا الوجه أيضاً ما مرّ من استحباب العمل بالشرط بما هو شرط لا يمكن إلا إذا كان صحيحاً، والاستحباب من جهة كونه وعداً لا ربط له بذلك، وأيضاً نمنع عدم تحقق موضع الشرط مع فرض فساد العقد؛ إذ هو وإنْ كان مشروطاً بتحقق عقد، إمّا من جهة أنّ البدوي ليس بشرط حقيقة، وإمّا لأنّ المفروض أنّ التزامه إنّما هو على تقدير البيع مثلاً.

إلّا أنّ حكم الشارع على العقد بالفساد ولا يخرج موضوع العقد عن العقدية، ولا الشرط في ضمنه عن الشرطية، فيمكن أنْ يكون مستحب الوفاء وإنْ كان فاسداً ومفسداً للعقد أيضاً، من باب أنّه وعد، نعم لو قيل إنّ كونه وعداً مشروط بترتب أثر العقد عليه شرعاً تمّ ما ذكر من أنّ مع فرض الفساد يرتفع الموضوع، ولكن ليس كذلك، إذ هو وعد مطلقاً وإنْ لم يترتب عليه أثر من حيث كونه شرطاً.

ثم إنّ استحباب الوفاء بالشرط الفاسد من باب أنّه وعد أيضاً يمكن منعه، وعلى فرضه لعل الشيخ غير قائل به، بل يقول إذا كان الشرط فاسداً شرعاً كان لغواً بالمرة.

ثم إنّه لو يتم على فرضه في كل شرط فاسد فانّ بعضها لا يمكن أنْ يكون مستحب الوفاء كالشرائط المخالفة للكتاب والسنة، بل هو فرض نادر؛ إذ هو مورده منحصر فيما كان متعلقاً بفعل مباح، وكان مما لا يصح اشتراطه، وهذا لا مورد له إلا مثل اشتراط ترك التزويج والتسرّي بناء على فساد الشرط فيهما،

وبالجملة استظهار المذهب بهذا الوجه كالوجه السابق في غاية البعد.

هذا غاية ما يتسير لي في فهم هذا المقام، وبعد فانّ العبارة مجملة المراد كما لا يخفىٰ، ولعل المتأمل في العبارة يلتفت إلىٰ وجه آخر غير ما ذكرنا، وإنْ كان بعض الايرادات المذكورة وارداً على كل حال، والعمدة فهم غرضه في وجه كون الاستظهار المذكور منوطاً بعدم كون الشرط الفاسد مفسداً، وأي دخل لهذا بالاستظهار، فتدبّر.

٤٦٠ ـ **قوله**ﷺ: **(وهل يكون حقاً لله** ...الخ)[١].

أقول: التحقيق أنّ كونه حقاً للبائع على كل حال؛ إذ على فرض ثبوت حقاً لله أو للعبد أيضاً لا يخرج عن كونه حقاً للبائع، كيف؟ وهو قد استحقه بالشرط، ويتفرّع عليه جواز اسقاطه على كل حال كما سيأتي، وسيأتي نقل الخلاف في كلام المصنّف.

ثم الظاهر أنّ مع الامتناع يثبت له الخيار على كل حال، فما يظهر من كلام الصيمري من تخصيصه بما إذا قلنا بكونه حقاً للبائع كما ترىٰ.

٤٦١ ـ **قوله**ﷺ: **(لكن قد عرفت قوله أخيراً** ...الخ)[٢].

أقول: يعني أنّه قال (والأولى عندي الاجبار في شرط الرهن والكفيل ...الخ)، مع كون المذكورات حقاً للبائع، ولازم هذا أنْ يقول بالاجبار في العتق أيضاً وإنْ قلنا إنّه حق للبائع، هذا.

ولكن يمكن أنْ يكون نظر العلامة إلىٰ ما احتملنا سابقاً في كلامه من الفرق بين ما كان من متعلقات العقد أو العوضين كالمذكورات، وبين غيرها كالعتق، كما يمكن أنْ يستظهر هذا من عبارة التحرير المنقولة في أول المسألة، فتدبّر.

٤٦٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وما ذكره في جامع المقاصد** ...الخ)[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٦٨.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٦٩.

أقول: يظهر من العبارة أنّ جامع المقاصد ذكر (أنّه لو قلنا ...الخ) مع أنّه ليس فيه إلا العبارة التي نقلها من قوله (واعلم ...الخ)، وهذه العبارة لا يظهر منها وحدة الخلاف كما لا يخفىٰ، فانّ الاستدلال على الاجبار بعموم «أوفوا» و«المؤمنون» لا يدل إلا على أنّ المختار عنده أنّ المستفاد منهما الوجوب التكليفي الناشىء عن الوضع الذي لازمه جواز الاجبار، وأمّا أنّ كل من حكم بالوجوب يحكم بذلك فلا، ألا ترىٰ أنّ المصنّف أيضاً يقول بعد ذلك (وكيف كان فالأقوى ما اختاره جماعة من أنّ للمشروط له اجبار المشروط عليه لعموم وجوب ...الخ)، وكذا الكلام بالنسبة إلىٰ كلام المسالك، فتدبّر.

٤٦٣ ـ قولهﷺ: **(وكيف كان فالأقوى ...الخ)**[1].

أقول: بل لا ينبغي التأمل فيه، فانّ المستفاد من الأدلة ثبوت حق للشارط على المشروط عليه، بل لا يبعد دعوى الاجماع على هذا المعنىٰ؛ ولذا يصح له الاسقاط، ولو كان حكماً تكليفياً صرفاً لم يقبل ذلك، ألا ترىٰ أنّه لا يسقط وجوب الوفاء بالنذر عن ذمة الناذر إذا أسقط الفقير الذي نذر له حقه، نعم لو أخذ ورد جاز، وإذا ثبت أنّ له حقاً مالياً فمقتضى القاعدة جواز مطالبته ولو بالاجبار، بل لا فرق في ذلك بين الحق والملك.

بل لا يبعد أنْ يقال في بعض الموارد أنّه يملك في ذمته عملاً كما في الاجارة؛ إذ لا فرق بين الالتزام الاجاري بالعمل، وبين الالتزام الشرطي، فاذا اشترط عليه خياطة ثوب نقول إنّه يملك في ذمته الخياطة، فيجوز الاجبار على أدائها، ولا فرق فيما ذكرنا بين أقسام الشروط، وإنْ كانت كالعتق مما يعود نفعه إلىٰ الغير فانّه لا يخرج عن كونه حقاً للبائع الشارط.

نعم يبقى شيء: وهو أنّه هل يجوز للعبد أو الحاكم الشرعي المطالبة به كما للبائع، وكذا إذا اشترط أنْ يعطي زيد ـ الأجنبي عن المعاملة ـ درهماً فهل يجوز لزيد المطالبة والاجبار؟ التحقيق أنّه لا يجوز؛ لعدم كون بالنسبة إليه حقاً مالياً؛

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٧٠.

وذلك لأنّه ليس طرفاً للشرط، ومجرد عود النفع إليه لا يقتضي ذلك، ولذا لو أسقطه البائع يسقط كما سيأتي بيانه[١] إنْ شاء الله، نعم يجوز الاجبار من باب الأمر بالمعروف.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام جماعة منهم الصيمري في عبارته المذكورة، ومنهم العلامة، وسيأتي من المصنّف التعرض له إنْ شاء الله.

٤٦٤ ـ **قوله**ﷺ: **(فانّ الخيار إنّما شرع** ...الخ)[٢].

أقول: وأيضاً الوجه المذكور على فرض تماميته إنّما ينتج عدم تعين الاجبار، لا عدم جوازه.

تنبيه: الظاهر أنّ من يقول بعدم جواز الاجبار إنّما يقول به في شروط الأفعال، لا في شروط النتيجة، فانّ وجوب الوفاء بها بمعنى ترتيب الآثار عليها، نظير وجوب الوفاء بالعقود الموجبه للتمليك أو نحوه، وظاهر الكلمات المتقدمة أيضاً الاختصاص، لكن لا يخفىٰ أنّه يتصوّر فيها أيضاً عدم جواز الاجبار بدعوى أنّ الشرط وإنْ اقتضى ملكية الشيء الفلاني، إلا أنّه إذا لم يقبضه المشروط عليه لا يجبر عليه، وإنْ كان يجب عليه ذلك، بل يتدارك ذلك بفسخ العقد، بل يمكن القول بذلك في تسليم العوضين أيضاً، وكونه مخالفاً لمقتضى القاعدة مشترك بين الجميع كما هو واضح.

❑ الثالثة: هل يجوز الفسخ مع التمكن من الاجبار

٤٦٥ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا نعرف مستنداً** ...الخ)[٣].

أقول: حاصل مرامه أنّ هذا الخيار على خلاف القاعدة يقتصر فيه على مورد الدليل، وهو قاعدة الضرر، وهي غير جارية إلا في صورة تعذر الاجبار، وكذا إذا قلنا إنّ مدركه الاجماع، إذ القدر المتيقن منه الصورة المذكورة، هذا.

---

(١) تعليقة ٤٨٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٧٠.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٧١.

ولكن يمكن أنْ يقال: إنّه بمقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الاجماع والضرر؛ وذلك إمّا بدعوى أنّ الشرط بمعنى التعليق، وهو راجع إلىٰ اللزوم المستفاد من البيع مثلاً، لا إلىٰ أصله، وحينئذٍ فيكون مفاد قوله «بشرط كذا» وهذا[1] في الحقيقة راجع إلىٰ شرط الخيار.

لكن هذا الوجه خلاف التحقيق؛ إذ الشرائط في العقود غالباً أو دائماً بمعنى الالتزام في الالتزام، وإمّا بدعوى أنّ الشرط وإنْ كان بمعنى الالتزام إلا أنّه ليس التزاماً مستقلاً بحيث لا يرتبط بالبيع، بل البيع مقيد به، لا بمعنى كونه مقيداً بنفس الالتزام بحيث متى حصل كفى في حصول المقيد وإنْ لم ياتِ بما التزم به، بل بمعنى التقييد بالملتزم، والتقييد المذكور أيضاً ليس راجعاً إلىٰ أصل البيع، بل إلىٰ لزومه، فيكون حاصل قوله «بعتك كذا بكذا بشرط كذا» بعتك والزمتك بكذا، وإنْ لم تفعل فلا التزم بالبيع، ولازمه ثبوت الخيار.

فتبيّن أنّه قد يكون الشرط تعليقاً صرفاً إمّا راجعاً إلىٰ أصل البيع أو إلىٰ الالتزام به، وقد يكون التزاماً صرفاً في ضمن التزام، بحيث يكون الالتزام الثاني مقيداً بنفس الالتزام الأول، وقد يكون التزاماً في التزام يكون الثاني مقيداً بالاول، بحيث يكون الملتزم أيضاً قيداً، فنقول إنّ الظاهر هو القسم الثالث، ولازمه ما ذكرنا.

فانْ قلت: التقييد بالالتزام مسلّم، وأمّا بالملتزم فلا دليل عليه.

قلت: الظاهر من الشرط ذلك، فانّ المقصود من الالتزام وقوع الملتزم، فهو القيد في الحقيقة، ولذا يقولون إنّ الشرط بمنزلة الجزء لأحد العوضين، وليس غرضهم أنّ نفس الاشتراط كذلك؛ وذلك لأنّ الاشتراط بمنزلة نفس البيع، والملتزم بمنزلة أحد العوضين، والسر فيه أنّ قوله «بعتك والزمتك بكذا» في قوة الزمتك بهذا المجموع، أعني العوض والشرط، فنفس الالتزام جزء للمعاملة والمعاهدة، والملتزم للمعوض والعوض.

ويؤيد ما ذكرنا من كون البيع مقيداً على الوجه الذي ذكرنا أنّا نرى أنّ العرف مع

---

(١) الظاهر أنها «وكذا» حتى تستقيم العبارة.

قطع النظر عن الشرع يعملون بهذا الوجه، بمعنى أنّهم يحكمون في صورة تخلّف الشرط بجواز الأخذ بالمعاملة والاغماض عن الشرط، وبجواز فسخه، وفي صورة امتناع المشروط عليه مع امكانه في حقه يخيرون الشارط بين الاجبار والخيار، وهذا منهم ليس إلا لأنّ المعاهدة المشروطة منحلة إلىٰ ما ذكرنا.

ومما ذكرنا يظهر حال تخلّف الوصف وتبعّض الصفقة، بل الظاهر أنّ حكم تعذر التسليم لأحد العوضين أيضاً كذلك، بمعنى أنّ التسليم عندهم من تتمات المعاوضة، فكأنّه شرط فيها، فيكون خيار تعذّر التسليم أيضاً بمقتضى القاعدة، لا من باب الضرر، ومقتضى هذا أنّه لو امتنع من التسليم جاز للآخر الاجبار والفسخ مخيراً بينهما، لا تعيين الاجبار، ومع عدمه الرجوع إلىٰ الخيار، والالتزام به لا مانع منه إلا أنْ يكون اجماع كما يظهر من كلام المصنّف؛ حيث يظهر منه ارسال كون الخيار بعد الاجبار مرسل المسلمات.

نعم، لو منعنا من كون التسليم من قبيل الشرط تعين ما ذكره؛ حيث إنّه حينئذٍ لا مدرك للخيار إلا الاجماع وقاعدة الضرر، مع امكان الخدشة في قاعدة الضرر بأنّ عدم التسليم حينئذٍ لا ربط له بالمعاملة، فيكون كما لو كان عنده مال آخر للمشتري وامتنع من تسليمه، فلا يكون الضرر من جهة لزوم المعاملة حتى يحكم برفعه، فتدبّر.

والانصاف ما ذكرنا من كونه من تتمات المعاوضة، فيكون بمنزلة الشرط، ويكون الخيار فيه بمقتضى القاعدة، هذا.

ويمكن أنْ يوجه كون الخيار على القاعدة بوجه آخر، وهو أنْ يقال إنّا وإنْ سلّمنا أنّ المعاهدة غير منحلة إلىٰ ما ذكر، إلّا أنّ العرف من حيث هم عقلاء بناؤهم على عدم اللزوم مع تخلّف الشرط، بمعنى أنّ من أحكامهم في طريقتهم مع قطع النظر عن الشرع أنّ المشروط له مخير عند تخلّف شرطه بين البقاء على العقد والاجبار إنْ أمكن والفسخ، والسر في هذا الحكم منهم ملاحظة كون اللزوم بدون الشرط ضرراً، والشارع قرر المعاملات على ما بيدهم إلا في بعض الموارد التي

ليس المقام منها، وبعبارة أخرىٰ أنَّ البيع عندهم مبني على اللزوم، وهو الأصل فيه إلا في صورة تخلّف الشرط، فليس لازماً عندهم.

فانْ قلت: البقاء على طريقتهم إنَّما يكون إذا لم يصل منع كما اعترفت به، وقد وصل في المقام؛ إذ يكفي فيه ما دلَّ على لزوم العقد من قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ وغيره.

قلت أولاً: قد مرَّ في محله أنَّ العمدة في دليل اللزوم كون المعاملة مبنية عليه عند أهل العرف، كما في البيع مع امضاء الشارع لها كذلك، والمفروض أنَّ ذلك عندهم مشروط بعدم تخلّف مثل الشرط ونحوه.

وثانياً: أنَّ مقتضى «أوفوا» نحوه وجوب الوفاء بالعقد على ما هو عليه من الخصوصيات، والمفروض فقد خصوصية الشرط، فلا يشمله العموم المذكور، وإنْ شئت فقل إنَّه منصرف عن هذه الصورة، ومن هذا الوجه يمكن اثبات خيار تبعّض الصفقة وتخلّف الوصف وتعذّر التسليم أيضاً.

والحاصل: أنَّا لو أغمضنا عن ما ذكرنا في الوجه الأول من كون أخذ الشرط في المعاملة راجعاً في التحليل إلىٰ اشتراط الخيار يمكننا اثباته بهذا الوجه، وحاصله كونه من الاحكام التعبدية العرفية، وإنْ كان السر في هذا التعبّد منهم ملاحظة لزوم الضرر لولاه، فلا يقال إنَّ التعبد في طريقة العقلاء غير معقول، فانَّ هذا المقدار من السر كافٍ في تعبدهم بذلك، وفي كون الحكم عندهم كذلك، فتدبّر.

ويمكن أنْ يوجه الخيار بوجه آخر غير الوجهين المذكورين، وهو أنْ يقال: إنَّ المعاملة المشتملة على الشرط ليست إلا معاملة واحدة خاصة، وإلا فليست معاملتين مستقلتين، نظير ما إذا أوجب بيعاً وهبةً بانشاء واحد، بل من المعلوم أنَّ الشرط في ضمن العقد مرتبط به وقيد فيه، فانَّ غاية ما يمكن منعه كون الملتزم قيداً، وأما نفس الالتزام فلا اشكال في كونه قيداً، فلو قال «بعتك العبد بشرط كونه كاتباً» فكأنَّه قال بعتك الكاتب، وكذا قوله «بعتك بشرط أنْ تخيط لي ثوباً» في قوة قوله بعتك الكتاب المقرون بالتزام الخياطة وهكذا.

وبالجملة: الشرط وإنْ كان التزاماً في التزام متعلق كل منهما بشيء إلّا أنّ حاصل الالتزامين التزام واحد بملتزم واحد، والثاني وإنْ لم يكن قيداً في الأول بحيث يوجب انتفاءه، إلّا أنّ انتفاءه يوجب انتفاء هذا الخاص، كما لو قال «بعتك الدار» فانّه تمليك وحداني بسيط، المملوك وحداني مركب، فهذا البيع الوحداني بيع لجميع أجزاء الدار، وفي قوة بيوع متعددة، لكن ليس شيء منهما مقيداً بالآخر.

بل غاية الأمر أنّ المورد شيء واحد خاص، وحينئذٍ فاذا تخلّف أحد الأجزاء يصدق على الباقي أنّه مبيع بهذا البيع، كما أنّه يصدق انتفاء هذا البيع الخاص بسبب انتفاء بعض أجزائه، وكذا في مقامنا إذا تخلّف الشرط يصدق على ذات المقيد أنّه متعلق للبيع، كما يصدق انتفاء هذا الخاص بما هو خاص، ولازم هذا امكان الأخذ بذلك البعض أو بذلك المقيد، ولا يقال إنّه غير متعلق للمعاملة؛ لأنّ المفروض تعلّقها به في ضمن الكل، وامكان عدم الأخذ به لصدق عدم تحقق مانعاً هذا عليه.

وبعبارة أخرىٰ امضاء المعاهدة بالنسبة إلىٰ ما بقي لا يحتاج إلىٰ انشاء جديد؛ لأنّ المفروض عدم كون كل جزء قيداً في بيع الآخر، وفسخه أيضاً ليس منافياً للالتزام والمعاهدة المتحققة بينهما؛ لأنّ المفروض انتفاء ذلك الخاص بما هو هو، فانّ انتفاءه يصدق بانتفاء بعض اجزائه.

وبالجملة: إذا رضي بالعقد لا يقال إنّه أكل المال لا بالتجارة، بل بالباطل، وإذا فسخ لا يقال إنّه لم يفِ بما عاهد، فانّ عموم «أوفوا» إنّما يدل على لزوم الوفاء بالمعاهدة على ما وقعت من الخصوصيات.

فانْ قلت: فعلى هذا إذا باع شيئاً ووهب آخر فبطل أحدهما لا يجب الوفاء بالآخر؛ لعين ما ذكرت.

قلت: الفرق ظاهر، فانّ الانشاء فيهما وإنْ كان واحداً، إلا أنّهما تمليكان بايجاب واحد، بخلاف ما نحن فيه، فانّه تمليك واحد.

فانْ قلت: لازم هذا البيان كون المشروط عليه أيضاً مخيراً الصدق عدم تحقق ما

عاهد عليه، وكذا في تبعّض الصفقة على المشتري يلزم كون البائع أيضاً مخيراً.

قلت أولاً: لا مانع من الالتزام به.

وثانياً: الفرق ظاهر كما لا يخفىٰ.

فانْ قلت: لازم ما ذكرت جواز الأخذ بالشرط فقط إذا فرض كونه في ضمن معاملة باطلة، كما إذا باع خمراً بشرط أنْ يخيط ثوبه، فانّه على ما ذكرت نظير بيع مصراعي الباب الذي تبين كون أحدهما مالاً للغير، ونظير بيع الخل والخمر.

قلت: البيع ليس تابعاً للشرط، لكنه تابع له، وهذا بخلاف مثال النظير فانّ شيئاً من الجزئين ليس تابعاً للآخر، وإنْ شئت فقل إنّ بطلان البيع يوجب عدم انتقال شيء من الثمن إلىٰ البائع، والشرط وإنْ لم يكن مقابلاً بعوض إلا أنّه ليس مجاناً أيضاً، ويلزم من صحته مع بطلان البيع كونه مجاناً، وهو خلاف ما تعاهدا عليه.

فتحصّل أنّه يمكن توجيه الخيار في المقام المسمى عندهم بخيار الاشتراط وخيار تخلّف الشرط باحد الوجوه الثلاثة، ومعها يكون في عرض الاجبار إنْ أمكن، ويمكن أنْ ينزّل على كل واحد منها ما هو المعمول به عند أهل العرف كما لا يخفىٰ.

والفرق بين كل من الأول والثالث مع الثاني واضح، وأمّا حاصل الفرق بينهما فهو أنّ في الأول نلتزم بأنّ الالتزام الشرطي قيد في لزوم البيع، بمعنى أنّ لزومه مقيد بتحقق الملتزم، وفي الثالث نقول وإنْ لم يكن قيداً إلّا أنّ الانشاء واحد والمنشأ أمر واحد خاص، لا على وجه القيدية، بل على وجه الموردية، ولازمه جواز رفع اليد عن العقد عند التخلّف؛ لصدق عدم تحقق المعاهدة وجواز الأخذ به بالنسبة إلىٰ أصل المبيع؛ لصدق ورود البيع عليه، ولو في ضمن الخصوصية فلا يحتاج إلىٰ انشاء جديد، وعلى أحد هذين الوجهين ينزل ما يقال إنّ الرضا الباطني مقيد، وبانتفائه ينتفي المعاملة، يعني بما هي معاملة خاصة، فلا يرد عليه ما أورده صاحب العوائد من أنّه إذا لم يكن مدلولاً باللفظ لا اعتبار به، إذ حينئذٍ يرجع إلىٰ الغرض النفسي، وتخلّفه لا يوجب الخيار، وجه عدم الورود أنّا ندعي التقييد كما

في الوجه الأول، أو كون المورد والمحل أمراً خاصاً كما في الوجه الثالث، فليس راجعاً إلىٰ الغرض الغير المدلول عليه في الكلام، فتدبّر.

هذا، ويؤيد ما ذكرنا من كون الخيار في عرض الاجبار خبر أبي الجارود ـ الذي يمكن أنْ يعد دليلاً على أصل المطلب، وضعفه منجبر بالشهرة، بل الاجماع في الجملة ـ عن أبي جعفر عليه السلام (إنْ بعت رجلاً على شرط فانْ أتاك بمالك وإلا فالبيع لك)[١] لأنّ الظاهر من قوله عليه السلام «مالك» مالك من الشرط، ومن قوله عليه السلام (وإلا فالبيع لك) كون أمره بيدك، فتدبّر.

هذا، وإذا ثبت كون هذا الخيار على القاعدة فنقول به في جميع موارد التخلّف وفي جميع العقود، نعم في باب النكاح لا يعمل بهذه الكلية، ولهذا اقتصر الفقهاء في الحكم بالخيار فيه على تخلّف بعض الشروط، كما إذا اشترط كون الزوج حراً فبان عبداً، أو كون الزوجة حرةً فبانت أمةً، أو كونها بنت مهيرة فبانت بنت أمة ونحو ذلك مما ذكروه، ولم يتعدوا إلىٰ سائر الشروط، كما إذا اشترط عليه أو عليها فعلاً سائغاً فتخلّف ونحو ذلك، والسر فيه أنّ النكاح لا يجري فيه خيار الشرط، وهذا بمنزلته، خصوصاً على البيان الذي ذكرنا.

فانْ قلت: فعلى هذا مقتضى القاعدة بطلان الشرط على الوجه الأول؛ لأنّه في الحقيقة راجع إلىٰ اشتراط الخيار، والمفروض عدم صحته من هذه الجهة، مع أنّهم لا يحكمون ببطلان الشرط، بل يقولون بوجوب الوفاء به، غاية الأمر عدم كون تخلّفه موجباً للخيار.

قلت: هذا إنّما يلزم إذا كان الخيار مفاداً أولياً للشرط، وليس كذلك، بل مفاده الأولي الالتزام بالفعل المشروط به، وعدم صحته من حيث ما ينحل إليه من الخيار لا يقتضي عدم صحته أصلاً كما لا يخفىٰ، فتدبّر.

٤٦٦ ـ **قوله** قدس سره: (**فتأمل** ... الخ)[٢].

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٧٢.

أقول: يمكن أنْ يكون إشارة إلىٰ بطلان أصل التوجيه، فانَّ كونه بمنزلة التقابل ممنوع؛ إذ المفروض أنَّ كلاً منهما بانٍ على إبقاء العقد، ولو فرض كون الفاسخ غير بانٍ عليه فالمشروط عليه كذلك، كيف؟ وإلا ليس بمنزلة التقابل، بل هو هو، مع أنَّ كونه بمنزلة التقابل لا يثمر، بل المثمر نفسه، والمفروض عدمه.

ويمكن أنْ يكون إشارة إلىٰ بطلان الفرق بين المقامين، فانَّ الانصاف أنّه لا فرق بين كونه مالكاً لما عند الآخر وكونه ذا حق عليه، وكما أنَّ ماله لا يخرج عن ملكه بعدم التسليم إلىٰ الحاكم ليوقع المعاملة، إذ المفروض أنّه مخير بين الفسخ والاجبار، فله اختيار الثاني، وإذا تعذّر فله الرجوع إلىٰ الحاكم.

والحاصل: أنَّ حقه من الشرط لا يسقط بالامتناع، ولا بجواز الفسخ له، فله اختيار المطالبة بحقه دون الفسخ، فتدبّر.

❑ الرابعة: لو تعذر الشرط

٤٦٧ ـ **قوله**ﷺ: **(الرابعة: لو تعذّر الشرط** ...الخ)[1].

أقول: تحقيق الحال في هذه المسألة أنْ يقال: إنَّ الشرط المتعذِّر إمّا أنْ يكون وصفاً من الاوصاف كالكتابة في العبد، أو فعلاً من الافعال.

والثاني إمّا أنْ يكون من قبيل بيع المبيع أو غيره على البائع بثمن المثل أو على غيره كذلك، أو من قبيل الوقف عليه أو الهبة له، أو من قبيل خياطة الثوب ونحو ذلك.

وعلى التقديرين إمّا أنْ يكون متخلفاً ومتعذراً حين البيع، كاشتراط الكتابة المفقودة حين البيع، أو اشتراط بيع شيء معين عليه فبان كونه تالفاً حين البيع، أو اشتراط خياطة ثوب معين بان تلفه حينه، أو عدم قدرته على الخياطة حينه، وإمّا أنْ يصير كذلك بعد البيع، كما إذا باع حنطة كلية بشرط كونها حمراء، فانعدم الحنطة الحمراء بعد البيع وقبل الاعطاء، أو اشتراط فعلاً ممكنا فصار متعذراً لفقد الموضوع أو لعدم القدرة.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٧٣.

ففي القسم الأول لا يجري احتمال أخذ العوض إذا أمضى البيع وإنْ كان مما له قيمة في حد نفسه، كخياطة الثوب أو كتابة العبد، وذلك لأنّه فرع تملّكه لذلك الوصف او لذلك الفعل بالاشتراط المذكور، والمفروض عدمه لعدم وجوده، أو عدم وجود موضوعه، أو عدم القدرة عليه، فلا معنى لتملّكه حتى ينتقل إلى البدل، وفي الحقيقة الشرط الكذائي باطل، وحينئذٍ فامّا أنْ يقال بناءً على عدم كون الشرط الفاسد مفسداً بالارش أو بالامضاء مجاناً إذا لم يرد الفسخ، والمشهور على الثاني.

والتحقيق الأول وفاقاً للعلامة والصيمري على ما نقل عنهما المصنّف؛ وذلك لأنَّ الوصف والشرط وإنْ لم يكونا مقابلين بالعوض في مقام الانشاء إلا أنّهما مقابلان به في عالم اللب؛ لأنَّ المفروض أنَّ للوصف والشرط قسطاً من الثمن، بمعنى أنّهما موجبان لزيادة قيمة العين ونقصانها، ومقتضى هذه المقابلة جواز الفسخ وجواز الارش، بمعنى استرداد المقدار الذي زيد لأجلهما في العوض، لا بمعنى بطلان المعاملة بذلك القدر كما في تخلّف الجزء؛ لأنّه فرع المقابلة في عالم الانشاء، والمفروض عدمه، بل بمعنى جواز استرداد ما يساوي ذلك المقدار على ما بينوه في خيار العيب من نسبة التفاوت بين القيمتين إلى الثمن والأخذ بمقدار النسبة.

وبالجملة: الشرط وإنْ لم يكن مقابلاً بالمال إلا أنّه ليس مجاناً أيضاً، وحينئذٍ فامّا أنْ نقول إنّه مقابل به في عالم اللب، بمعنى أنَّ مقداراً من الثمن في مقابله، ولا يضر كون تمامه في مقابل العين في عالم الانشاء؛ إذ لا منافاة بين أنْ يكون مال واحد مقابلاً لشيئين في عالمين طوليين، وإنّما المحال كونه مقابلاً لشيئين في عرض واحد، فنقول مقتضى كون التمام في مقابل العين جوازا امضاء المعاملة على ما هي عليه، واسقاط حق الشرط، كيف؟ ولو كان بعضه في الانشاء مقابلاً للشرط المفقود لم يمكن امضاؤه بتمام الثمن كما في تخلّف الجزء، فانّه يحتاج إلى هبة جديدة، ومقتضى كون البعض في مقابل الشرط في عالم اللب جواز استرداده؛ لعدم وصول عوضه ـ وهو الشرط ـ إليه، وهذا معنى تخييره بين الفسخ والارش.

وإمّا أنْ نقول إنَّ تمام العوض في مقابل العين إلّا أنَّ اعطاء بعض ذلك في مقابل العين إنَّما هو في مقابل الشرط، فنفس العوض بتمامه في مقابل العين، لكن اعطاء بعضه في مقابلها ليس بما هي هي، بل من جهة المقابلة بالشرط، وإذا بان عدمه فله أنْ يرجع في ذلك الاعطاء الزائد، بمعنى أنْ يسترد ما أعطاه زائداً على ما يقابل نفس العين من حيث هي؛ لعدم وصول عوض الاعطاء إليه، فهو نظير ما إذا قال «ملكتك كذا في مقابل تمليك كذا إياي» فملكه الآخر أيضاً ثم بان عدم وجود ما ملكه الموجب، فانَّ للآخر أنْ يرجع في تمليكه بأنْ يفسخه كما في الهبة المعوضة؛ حيث إنَّ الهبة في مقابل الهبة، فلو بان فساد إحداهما كان للآخر الفسخ في الأخرى.

فانْ قلت: فعلى هذا لا بدَّ من رجوع ذلك المقدار من عين الثمن إذا أراد الاسترجاع، مع أنَّ الأرش لا يلزم أنْ يكون من نفس الثمن، بل يلزم بطلان المعاملة بذلك المقدار كما في تخلّف الجزء.

قلت: لا نسلّم ذلك؛ إذ المفروض أنَّ في الانشاء جعل التمام في مقابل العين، فله أنْ يمضي المعاملة على حسب الانشاء، وله أنْ يفسخها، وله أنْ يسترد المقدار الزائد حسبما قلنا في التقرير الأول.

ومما ذكرنا ظهر أنَّ الأرش في العيب على القاعدة لا للتعبد، نعم مقتضى البيان الذي ذكرنا جواز مطالبة الأرش، لا جواز الاجبار عليه، فللآخر أيضاً أنْ يقول إنّي لا أعطي الأرش، بل أفسخ المعاملة إذا كنت تريد الأرش؛ وذلك لأنَّه إذا رضي بالمبادلة على أنْ يكون التمام في مقابل نفس العين من دون غرامة الشيء فمسألة الارش في العيب على خلاف القاعدة من هذه الجهة؛ حيث إنَّ ظاهر الأخبار والفقهاء أنَّه يجوز له إجبار الآخر على الأرش، فتدبّر.

ويؤيد ما ذكرنا من ملاحظة العرف في معاملاتهم مع قطع النظر عن الشرع، فانَّهم عند تخلّف الوصف والشرط يخيرون المشروط له بين الفسخ والأرش، وسره ما ذكرنا، والشارع إنَّما قرر المعاملات على ما بيد العرف، خرج ما خرج،

ولا دليل على عدم الأرش في مقامنا سوى ذهاب المشهور، فتدبّر.

نعم، يبقى الاشكال فيما لو علمنا أنَّ المتعاملين لم يلاحظا الشرط في مقام المعاملة، بمعنى أنَّهما لم يجعلاه دخيلاً في زيادة الثمن ونقصانه، كما إذا كان بناؤهما على تمليك الشرط مجاناً.

لكن يمكن أنْ يقال: إنَّ المدار على قيمة الشرط في حد نفسه وإنْ لم يجعلا له شيئاً في مقام المعاملة، ولو في عالم اللب أيضاً، فتدبّر.

وأمّا القسم الثاني: وهو ما إذا عرض التخلّف والتعذر بعد العقد، فانْ كان مما لا يكون مقوَّماً في حد كاشتراط بيع ماله بثمن المثل على البائع أو غيره، وكاشتراط عتق عبده ونحو ذلك، فمقتضى القاعدة أيضاً الأرش بالبيان المذكور، وإنْ كان مقوَّماً في حد نفسه، فمقتضى القاعدة مطالبة عوضه كائناً ما كان؛ وذلك لأنَّ المفروض أنَّ المشروط له صار مالكاً لذلك الفعل في ذمة المشروط عليه، فيجوز له مطالبته بأخذ عوضه، ومع هذا لا وقع للأرش، بمعنى أنَّ أخذ العوض مقدم عليه، فله الخيار بين الفسخ والامضاء بالعوض، إلا إذا قلنا إنَّ تعذّر تسليم الشرط في حكم تلف المبيع قبل القبض، بمعنى أنَّه موجب لانفساخ ملكيته، فحينئذٍ مقتضى القاعدة أخذ الأرش كما بيّنا.

نعم يبقى الاشكال في تشخيص صغريات القسمين، فانَّ مثل اشتراط كون الحنطة حمراء أو بغدادياً هل هو مقوّم أم لا محل اشكال، وكذا اشتراط هبة شيء للبائع فانَّه يمكن أنْ يقال إذا ملك عليه هبة مال معين فله أنْ يأخذ عوض ذلك المال إذا تلف قبل الهبة؛ إذ قيمة الهبة المملوكة عليه قيمة العين التي اشترط هبتها، فتدبّر.

ثم أقول: يمكن أنْ يقال: إنَّ مقتضى قاعدة الضرر أيضاً ليس خصوص الفسخ، بل التخيير بينه وبين الأرش؛ وذلك لأنَّ مقتضى القاعدة رفع الحكم الذي يلزم منه الضرر، وفي المقام أنَّ اعطاء الزيادة في مقابل ما لم يسلم له ضرر عليه، فلا بدَّ من رفعه، وهو كما يكون بالفسخ كذلك يكون بالارش، وبعبارة أخرىٰ الضرر إنّما

حصل بمجرد صحة العقد الكذائي، ولا بدّ من تداركه، وهو يمكن بأحد الوجهين.

وإن ضايقت عن ذلك وقلت إنّ مجرد الصحة ليس ضرراً، بل اللزوم ضرري، قلت يمكن دعوى أنّ الموجب للضرر لزوم هذه المعاملة الخاصة بخصوصيتها، وهي كونها مشتملة على اعطاء الزائد بلحاظ الشرط الذي لم يسلم له، فلا بدّ من رفع اللزوم، ومع هذه الكيفية، وهو يمكن بوجهين، اثبات الخيار في أصل العقد، واثبات الخيار في استرداد القدر الزائد، وحيث لا معين لأحدهما فيتخير.

وبعبارة أخرىٰ قوله عليه السلام (لا ضرر) ساكت عن التعيين، بل إنّما مقتضاه ارتفاع اللزوم على النحو الموجود.

فانْ قلت: فعلى هذا لا بدّ في خيار الغبن أيضاً من التخيير بين الأمرين، ولا يقولون به.

قلت أولاً: نلتزم به، وقد قال به بعض.

وثانياً: الفرق معلوم؛ لأنّ في مقامنا أعطى الزائد بلحاظ الشرط وإنْ لم يجعله في قباله، فالموجب للضرر لزوم هذا الاعطاء، ورفع هذا اللزوم يمكن بوجهين، بخلاف مسألة الغبن، فانّه لم يعطِ شيئاً بازاء ما لم يسلم له، بل أعطى المجموع في مقابل المجموع، بتخيل تساوي القيمتين فبان التفاوت الفاحش، فتداركه لا يكون إلا برفع اللزوم عن المعاملة، وهو معنى الخيار، وبعبارة أخرىٰ لا يكون هناك التزام زائد على أصل المعاملة، وخصوصية زائدة ملحوظة فيها، بخلاف مقامنا، فتأمل.

بقي شيء: وهو أنّ تعذر الشرط إنّما يوجب الخيار إذا لم يكن مستنداً إلى المشروط، وإلا فهو في معنى اسقاط حقه، كما لو اشترط خياطة ثوبه المعين فاتلف ذلك الثوب متعمداً، ومع الالتفات إلى الشرط، فتدبّر.

٤٦٨ ـ قوله قدس سره: (عرفاً وشرعاً ... الخ)[1].

أقول: الظاهر أنّ المراد من كونه كذلك شرعاً أنّ الشارع أمضى ما بيد العرف، وإلا فليس لنا دليل يدل على كون المقابلة بين المالين بالخصوص.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٧٣.

٤٦٩ ـ **قوله**ﷺ: **(والتقييد أمر ...الخ)**[١].

أقول: هذا لا يفيد شيئاً؛ إذ لقائل أنْ يقول القيد مال، ومقابل بالمال وإنْ لم يكن التقييد كذلك، فانَّ الشرط الذي يتوهم كونه مقابلاً بالمال هو المشروط لا نفس الالتزام، فاذا قال «بعتك كذا بكذا على أنْ يكون لي دارك» المقابل بـالمال الدار، وهي مال قطعاً، فالاولى الاقتصار على ما ذكره من ان المقابلة...الخ، ولا حاجة إلى هذا الزيادة، فتدبّر.

٤٧٠ ـ **قوله**ﷺ: **(وإنْ كانت ...الخ)**[٢].

أقول: قد عرفت مما ذكرنا كفاية هذا المقدار، ولذا اشتهر أنَّ للشرط قسطاً من الثمن، أي في عالم اللب حسبما عرفت بيانه[٣].

٤٧١ ـ **قوله**ﷺ: **(وأضعف منه ثبوت ...الخ)**[٤].

أقول: إذا قلنا بعدم جواز الاجبار على العمل بالشرط كما ذهب إليه الصميري فلازمه ثبوت الأرش بمجرد الامتناع كجواز الفسخ، وبعبارة أخرىٰ الأرش بـناءً على القول به في عرض جواز الفسخ، والمفروض أنَّه قائل به بمجرد الامتناع، فلا بدَّ أنْ يقول بالارش أيضاً، فالايراد عليه إنَّما هو في ذلك المطلب، لا في هـذا المقام، فلا أضعفية بناءً على مذهبه، فتدبّر.

٤٧٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو كان الشرط عملاً ...الخ)**[٥].

أقول: لا بدَّ من تقييد ذلك بما إذا عرض التعذر، وإلا فلو كان متعذراً حين العقد فلا وجه لأخذ العوض لعدم تملّكه حتى يصح له أخذ البدل، فلا بدَّ إمَّا من الأرش كما على المختار حسبما عرفت من بياننا المتقدم[٦]، أو الامضاء مجاناً إنْ لم

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٧٣.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٧٣.
(٣) تعليقة ٤٦٧.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٧٤.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٧٤.
(٦) تعليقة ٤٦٧.

يفسخ.

٤٧٣ ـ قوله ﷺ: (وإنْ كان مقتضى المعاوضة ...الخ)(١).

أقول: يظهر من هذا الكلام أنّ وجه جواز أخذ العوض كونه مقابلاً بالمال في العقد وليس كذلك؛ إذ الوجه فيه كون المشروط له مالكاً لذلك العمل، فله مطالبته بأخذ عوضه مع فرض كونه مقوّماً في نفسه، وإنْ لم يكن مقابلاً بالمال في الانشاء.

ومن ذلك يظهر ما في البيان المذكور؛ إذ عدم كونه مقابلاً بالمال في الانشاء إنّما ينافي أخذ الأرش، مع الاغماض عما ذكرنا، وإلا فلا منافاة بينه وبين أخذ العوض؛ إذ هو فرع تملكه لذلك العمل، والمفروض أنّه كذلك، ولا يتفاوت الحال بين كونه مجاناً أو بمقابلة المال في الانشاء أو في اللب.

٤٧٤ ـ قوله ﷺ: (ولذا لا يشترط قبض ...الخ)(٢).

أقول: يعني لو باع العبد واشترط أنْ يكون معه ماله لا يكون الثمن بازاء ذلك المال، بل بازاء العبد فقط، وإلا لزام فيما إذا كان ماله من النقدين والثمن أيضاً كذلك وجوب التقابض في المجلس بالنسبة إلى ماله؛ لكونه بيع صرف حينئذٍ، مع أنّهم لا يلتزمون بذلك، فيكشف هذا عن عدم كونه مقابلاً بالمال، أي بالثمن.

❑ الخامسة: هل خروج العين عن السلطنة مانع عن الفسخ

٤٧٥ ـ قوله ﷺ: (لو تعذّر الشرط وقد خرج ...الخ)(٣).

أقول: الأولى أنْ يقال إذا تعذر الشرط، فامّا أنْ يكون العين تالفة حقيقة أو بحكمه، كما إذا غصبها غاصب، وإمّا أنْ تكون موجودة لكن تصرف من انتقلت إليه فيها بأحد التصرفات المخرجة عن الملك أو الموجبة لتعلق حق بها كالرهن.

والتصرف المخرج إمّا أنْ يكون لازماً أو جائزاً، والكلام تارة في حكم الخيار وأنّه متوجه مع التلف التصرف الكذائي أو لا، وتارة في حكم التصرف بعد الفسخ

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٧٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٧٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٧٦.

من حيث الانفساخ وعدمه.

أمّا الأول فنقول: أمّا في التلف فمقتضى القاعدة ابتناء المطلب على الوجوه في مدرك الخيار، فانْ جعلنا مدركه الاجماع فلا يجري هنا؛ لأنَّ القدر المتيقن منه صورة بقاء العين، وإنْ جعلنا مدركه ما ذكرنا من القاعدة فمقتضى القاعدة ثبوته مع التلف أيضاً، فينتقل إلى البدل، وإنْ جعلنا مدركه قاعدة الضرر فيمكن أنْ يقال بجريانه في صورة التلف؛ لأنَّ الضرر موجود، ولا بدَّ من رفعه.

والأولى أنْ يقال: إنْ قلنا بالارش أو العوض فلا يجري الخيار؛ لأنَّ الفسخ مع التلف ضرر على الطرف الآخر، فانَّه أقدم على ضمان العين بالثمن المذكور في المعاملة، فالزامه بالبدل الذي قد يكون أضعاف ذلك الثمن ضرر عليه، والمفروض امكان جبر ضرر المشروط له بالأرش أو العوض، لكن هذا إذا لم يكن التعذر مستنداً إلى تقصير المشروط عليه، وإلا فهو مقدم على ضرر نفسه، وأمّا لو لم نقل بالأرش أو العوض فيتعارض الضرران، ولا مرجح، ويمكن إناطة المطلب بالأقوى منهما، فتدبّر.

وأمّا التصرف فحاله من حيث المنع عن الخيار حال التلف، نعم يمكن أنْ يقال بعدم منعه عنه، وإنْ قلنا بكون التلف مانعاً بناءً على القول بالانفساخ إذا فسخ العقد الأول، فانَّ الخيار حيئنذٍ لا يوجب ضرراً على المفسوخ عليه؛ لأنَّ المفروض عدم الانتقال إلى البدل على فرض الفسخ، هذا إذا قلنا بعدم الخيار في صورة التلف من جهة الضرر، وأمّا إنْ قلنا بعدمه من جهة كون المدرك الاجماع الغير الشامل لها فلا فرق.

والحاصل: أنّا لو قلنا بجواز الفسخ في صورة التلف فهاهنا أولى، ولو قلنا بعدمه فيها أمكن القول بجوازه هنا على الوجه المذكور.

وأمّا حاله من حيث الانفساخ وعدمه ففيه وجوه:

أحدها: الصحة والانتقال إلى البدل، سواء كان التصرف لازماً أو جائزاً، فانَّ جوازه إنّما هو بالنسبة إلى الطرف الآخر وهو المتصرف، والوجه فيه أنَّ لازم

الفسخ انتقال العوضين إلى المالك الأول مع بقائهما في ملك الآخر وعدم المانع، ومع عدم هذا فينتقل إلى البدل، نعم لو فسخ الآخر بخيار أو تقايل قبل أخذ البدل يتعين اعطاء العين؛ لعدم المانع حينئذٍ، وكذا لو كان لعوده إلى ملكه أمد قريب، كما لو علم أنَّه سينفسخ، وكذا لو كان زوال المانع كذلك، كأنْ علم أنَّه بعد ساعة أو يوم يزول عنه حق الرهانة، فانَّه حينئذٍ يعدُّ موجوداً، وبلا مانع عرفاً، وكذا إذا كان الأمد بعيداً وصبر الفاسخ إلى زوال المانع، فتدبّر.

الثاني: الحكم بصحة ذلك التصرف، لكن للفاسخ فسخه لتعلق حقه بالعين المنتقلة.

الثالث: الفرق بين اللازم والجائز، ففي الثاني يجوز الزام المتصرف بالفسخ؛ لأنَّ الفسخ يقتضي عود نفس العوضين وإنْ كانا تالفين، والانتقال إلى البدل لمكان عدم امكان دفع العين المفروض امكانه.

الرابع: الحكم بالانفساخ من الأصل بمعنى الكشف عن عدم الانعقاد، وإنْ كان في ظاهر الشرع محكوماً بالصحة إلى زمان الفسخ، والوجه فيه تعلق حق الخيار بتلك العين، وهو مانع عن صحة التصرف.

الخامس: الحكم بالانفساخ من حينه؛ لعدم الوجه في عدم الانعقاد من الأول بعد كونها ملكاً للمتصرف، والمانع هو الفسخ، وهو متحقق الآن.

السادس: الفرق بين العتق ـ فينتقل إلى البدل؛ لمكان كونه مبنياً على التغليب ـ وغيره، فينفسخ من الأصل أو من الحين، أو يفسخه الفاسخ.

السابع: الفرق بين ما إذا كان التصرف قبل زمان الخيار، أي قبل التعذر فيلزم وينتقل إلى البدل؛ لعدم المانع حين التصرف، وبين كونه في زمان التعذّر فيجري أحد الوجوه الأخر.

والأقوى من هذه الوجوه هو الوجه الأول، وسيأتي تمام الكلام[1] في أحكام الخيار؛ إذ لا اختصاص لهذه المسألة بالمقام، هذا كله في التصرف الناقل أو

---

(١) تعليقة ٦٤٢.

المحدث لحق كالرهانة ونحوها.

وأمّا التصرفات الأخر فهي غير مانعة عن الخيار إلا إذا كانت من ذي الخيار وكانت دالة على امضاء البيع واسقاط حق الخيار.

٤٧٦ ـ **قوله ﷺ: (بفسخ العقد الواقع** ...الخ)[١].

أقول: المراد به الانفساخ كما لا يخفىٰ.

٤٧٧ ـ **قوله ﷺ: (تقدمت في أحكام الخيار** ...الخ)[٢].

أقول: يعني في التصنيف، وإلا فهي سيجيء في وضع الكتاب.

٤٧٨ ـ **قوله ﷺ: (هذا كله مع صحة** ...الخ)[٣].

أقول: يعني مع صحة العقد من حيث هو، ومع قطع النظر عن الفسخ، وإلا فمع ملاحظته كان أحد الوجوه انفساخه من الأصل، فالمقصود أنّ الوجوه التي ذكرنا إنّما هي حيث يكون العقد الثاني صحيحاً مع قطع النظر عن الفسخ، بأنْ لم يكن تصرفاً في متعلق حق الشرط، وإلا فكذا وكذا.

ثم لا يخفىٰ ما في هذا البيان من عدم حسن التأدية، والأولى بل المتعين عنوان هذه المسألة مستقلة؛ إذ لا دخل لها بمسألة تعذر الشرط، ولا بفسخ العقد الأول وعدمه، ولا بما إذا كان التصرف في أحد عوضي العقد الأول؛ إذ يمكن أنْ يكون متعلق الشرط شيئاً آخر، كما إذا باع كتاباً بثمن معين واشترط عليه بيع عبده عليه أو اعتاقه أو نحو ذلك، فباعه من غيره فنقول إجمالاً إذا تصرف المشروط عليه في متعلق الشرط بما ينافي الوفاء به فانْ كان بالاتلاف ونحوه من تفويت الموضوع فهو حرام بناءً على وجوب الوفاء بالشرط تعبداً كما مر[٤].

وإنْ كان بمثل البيع والعتق والرهن ونحو ذلك فالكلام في حرمته ما عرفت،

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٧٦.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٧٦.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٧٦.
(٤) تعليقة ٤٤٧.

وأمّا من حيث الصحة وعدمها ففيه وجوه، البطلان مطلقاً ولو مع الاجازة، والبطلان إلا معها، والصحه مطلقاً.

هذا كله مع عدم الاذن السابق، وإلا فلا ينبغي الاشكال في الصحة؛ وذلك لأنّ غاية الأمر تعلق حق المشروط له بذلك الشيء، لكن كما يجوز له رفع اليد عن حقه باسقاطه فكذلك يجوز له الاذن في تفويت الموضوع، فبمجرد الاذن لا يسقط الحق، لكن بعد تفويت الموضوع يسقط، وتظهر الثمرة فيما لو رجع عن إذنه أو انكشف بطلان التصرف من وجه آخر، فانّ الحق معه باقٍ بخلافه على الاسقاط، والأقوى من هذه الوجوه هو البطلان، لا للنهي المتعلق به من حيث كونه منافياً للعمل بالشرط ـ لأنّه غير متعلق بالمعاملة بما هي، مع أنّه لا يجري فيما لو تصرف غافلاً عن الشرط ـ بل لتعلق حق الشرط به، وكون التصرف في متعلق حق الغير نظير بيع العين المرهونة، فانّ حق الرهانة مانعة عن صحته، ووجهه خروج الملك عن الطلقية، فلا يقال المفروض كونه ملكاً للمتصرف فلا وجه لعدم نفوذ تصرفه؛ لأنّه إذا تعلّق حق الغير به فله في هذا المال شيء، وعليه سلطنته، إلّا أنّ سلطنته أضعف من سلطنة المالك.

فانْ قلت: إنّا نمنع تعلق الحق به، بل ليس إلا وجوب الوفاء تعبداً، نظير العين المنذورة، غاية الأمر أنّ له سلطنة على المشروط عليه بالاجبار على وفاء حقه، وأمّا تعلق حق له بالعين فممنوع.

قلت أولاً: نختار أنّ في النذر أيضاً لا يجوز التصرف المنافي لتعلق حق المنذور له إذا كان بعد حصول المعلق عليه فيما كان معلقاً.

وثانياً: فرق بين المقامين، فانّ النذر تكليف شرعي تعبدي، وليس للفقير أو المنذور له المطالبة به إلا من باب الأمر بالمعروف، بخلاف المقام فانّه حق مالي؛ ولذا يجوز اسقاطه، بخلاف النذر فانّه ليس للفقير الاسقاط.

ودعوى: أنّ القدر المسلم أنّ نفس الشرط حق مالي، وهذا لا يثبت المدعى؛ إذ في الحكم بالبطلان لا بدّ من كون الحق متعلقاً بالعين الخارجي، وهو ممنوع، فانّ

صحة الاسقاط لا يتوقف إلا على كون الشرط حقاً على المشروط عليه، وأمّا تعلقه بالعين بحيث تخرج عن كونها طلقاً فلا.

مدفوعة: بأنَّ المستفاد من قوله «بشرط أنْ تبيعني عبدك» تعلق حق له بالعبد أيضاً، فمقتضى القاعدة بطلان التصرف المنافي، هذا مع عدم الاجازة، وأمّا معها فيمكن الحكم بالصحة لارتفاع المانع، أو لكونه كالفضولي، ويمكن الحكم بعدم الصحة أيضاً؛ لأنَّ العقد الثاني ليس له حتى يجيزه، ولا واقعاً على ماله، بل كان المالك هو المتصرف، وحقه كان مانعاً عن نفوذ التصرف، فلم يؤثر شيئاً، وإنّما معنى إجازته اسقاط حقه من حينها، فكما لو لم يجز، بل أسقط حقه لا يثمر شيئاً، فكذا مع الاجازة، فالفرق بينه وبين الفضولي في كمال الوضوح.

إلاأنْ يقال: إنَّ العقد يبقى موقوفاً إلى حين الاجازة وارتفاع المانع، كما في الشرائط المتأخرة، كقبض المجلس في الصرف والسلم، لكنه مشكل؛ لأنَّ مقتضى القاعدة تأثير العقد من حينه، ومع عدمه من جهة المانع لا دليل على تأثيره بعد ذلك.

الفرق بينه وبين الشرائط المتأخرة أنّها بمنزلة الجزء للعقد، بخلاف ارتفاع المانع في المقام، فتدبّر.

ومما ذكرنا ظهر وجه القول بالصحة مطلقاً أو مع الاجازة وجوابه.

ثم إذا قلنا بالصحة مطلقاً فاذا كان متعلق التصرف أحد العوضين وقد فسخ العقد الأول فهل ينفسخ الثاني من حينه، أو من أصله أو لا، أو التفصيل، الوجوه السبعة المتقدمة.

ومما ذكرنا ظهر أنَّ زيادة الوجه الرابع في المقام من التفصيل بين العتق وغيره دون السابق في كلام المصنّف لا وجه له؛ إذ مع عدم مانعية حق الشرط من حيث هو عن نفوذ التصرف يرجع الأمر إلى السابق فيما كان التصرف في متعلق العقد الأول، وليس مسألة أخرىٰ، وهذا واضح.

٤٧٩ ـ **قوله**ﷺ: **(أو مع إذن المشروط له أو إجازته** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنَّ صورة الاذن السابق لا اشكال في صحتها، ويمكن أنْ يريد من قوله «أو إجازته» العطف التفسيري، بأنْ يكون المراد من الاذن الاذن اللاحق.

٤٨٠ ـ **قوله**ﷺ: **(كان للمشروط له فسخه والزامه** ...الخ)[٢].

أقول: يمكن أنْ يريد فسخ العقد الثاني، ويكون اطلاق الفسخ من باب المسامحة؛ لأنَّ المفروض بطلانه مع عدم الاذن على مختاره، فيكون المراد الزامه بالوفاء بالشرط، ولا يكون معه خيار في العقد الأول؛ لعدم تعذّر الشرط، ويمكن أنْ يريد فسخ العقد الأول، وحيئتذٍ فيكون قوله (والزامه بالوفاء بالشرط) بمعنى أو الزامه، يعني يكون مخيراً بين الفسخ والامضاء والالزام بالوفاء، لكن يشكل حيئتذٍ أنَّه لا وجه لفسخ العقد الأول؛ لعدم تعذّر الشرط، إلا أنْ يكون بخيار آخر، والأوجه الأول.

٤٨١ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم لو لم نقل باجبار** ...الخ)[٣].

أقول: يعني أنَّ ما ذكرنا من البطلان مع عدم الاذن إنَّما يكون إذا قلنا بثبوت حق للمشروط له، بحيث يجوز له الاجبار، وإلا فلو لم نقل بثبوت حق له فلا مقتضي لبطلان العقد الثاني؛ إذ النهي قد عرفت أنَّه غير مقتضٍ للفساد لعدم تعلّقه بالمعاملة بماهي.

هذا ولا يخفىٰ أنَّ جواز الاجبار أعم من المدعى كما عرفت من بياننا المتقدم؛ إذ يكفي في جوازه ثبوت حق على المشروط عليه ولو لم يكن متعلقاً بالعين، والموجب للبطلان إنَّما هو الحق المتعلق بالعين كما لا يخفىٰ.

٤٨٢ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنَّ العتق مبني** ...الخ)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٧٦.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٧٦.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٧٧.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٧٧.

أقول: هذا علة للفرق، ثم لا يخفىٰ أنَّ التفصيل المذكور لا وجه له؛ لعدم الدليل على كون العتق مبنياً على التغليب بالمعنى المقصود في المقام وأمثاله، نعم مورد هذه القاعدة مسألة السراية، كما إذا كان العبد مشتركاً بين اثنين فأعتق أحدهما حصته فانَّه ينعتق عليه حصة الآخر أيضاً لتغليب جانب الحرية، ولا ينفع في المقام كما لا يخفىٰ.

٤٨٣ ـ **قوله ﷺ: (وظاهره ما اخترناه ويحتمل** ...الخ)[1].

أقول: يعني أنَّ ظاهر الدروس بطلان التصرفات الواقعة في متعلق حق الشرط المنافية للوفاء به كما اخترناه، ويحتمل ضعيفاً أنْ يكون مراده جواز فسخ العقد الأول؛ فينفسخ هذه العقود أيضاً، ومعه يكون خلاف المختار؛ لدلالته على صحة هذه التصرفات مع قطع النظر عن فسخ العقد الأول.

٤٨٤ ـ **قوله ﷺ: (لا يسقط بالتصرف فيها** ...الخ)[2].

أقول: يعني لا يسقط بتصرف المشروط له بعد تعذّر الشرط فيما انتقل إليه.

٤٨٥ ـ **قوله ﷺ: (نظير خيار المجلس والحيوان** ...الخ)[3].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ ظاهره في المقام أنَّ التصرف من حيث هو ليس مسقطاً للخيار، بل إنَّما يسقط إذا كان دالاً على الاسقاط فعلاً، لكن الذي استقرب سابقاً واستفاده من تعليل خيار الحيوان كون التصرف الكاشف نوعاً مسقطاً تعبدياً، فتدبّر.

❑ السادسة: هل للمشروط له اسقاط شرطه

٤٨٦ ـ **قوله ﷺ: (لا مثل اشتراط مال العبد** ...الخ)[4].

أقول: وذلك لأنَّه من شروط النتيجة، وبمجرد تمامية العقد يحصل الملكية، فلا

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٧٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٧٨.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٧٨.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٧٩.

يقبل الاسقاط.

٤٨٧ ـ **قوله ﷺ: (وأمّا كونه حقاً للعبد ...الخ)**[١].

أقول: يعني نمنع كونه حقاً للعبد، ومجرد حصول نفع له لا يستلزم كونه حقاً له؛ ولذا لا يجوز له اجباره على الوفاء، ولا يسقط باسقاطه إذا لم يسقط البائع.

قلت: وعلى فرض كونه حقاً للعبد ولله أيضاً بحيث يصح له وللحاكم اجباره نقول إنّه تابع لحق البائع فيسقط باسقاطه كما هو واضح.

ثم قد عرفت مما تقدم منا أنّ من قبيل الاسقاط الاذن في تفويت الموضوع، نظير ما إذا أذن المرتهن في اتلاف العين المرهونة أو نقلها.

٤٨٨ ـ **قوله ﷺ: (إذا لم يبلغ حدالوجوب ...الخ)**[٢].

أقول: بل لو بلغ حد الوجوب أيضاً لا يكون حقاً لله، بل يكون حكماً شرعياً تعبدياً لا يجوز الاجبار من الحاكم عليه إلا من باب الأمر بالمعروف، ألا ترىٰ أنّ في النذر بالغ حد الوجوب ومع ذلك ليس مما يجوز الاجبار عليه إلا من باب الأمر بالمعروف، وهو جارٍ في جميع الواجبات حتى غير الماليات، فتدبّر.

❑ السابعة: الشرط لا يقسط عليه الثمن

٤٨٩ ـ **قوله ﷺ: (فهل يلاحظ حينئذٍ جانب ...الخ)**[٣].

أقول: تحقيق الحال أنْ يقال: إنّ كان المراد تشخيص ما بيد العرف إذا قالوا «بعتك هذه الصبرة على أنْ تكون كذا وكذا مناً» ونحو ذلك، وأنّه هل غرضهم جعل العوض في الانشاء في مقابل هذا الموجود، أو في مقابل المقدار المشروط، فالظاهر أنّ مرادهم جعل العوض في مقابل المقدار المذكور وارجاعه إلى الجزء؛ إذ لا فرق عندهم بين التعبير المذكور وقولهم «بعتك هذا المن من الحنطة» فانّ هذا أيضاً في قوة هذه الحنطة على أنْ تكون مناً، فالمبيع وإنْ كان شخصاً خاصاً، إلا أنّه

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٨٠.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٨٠.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ٨١.

لما وصف بكونه مقداراً معيناً فيلحقه حكم المقدار، بمعنى أنّه جعل العوض في مقابل ذلك المقدار، فلو بان نقصانه يتبعّض الثمن أيضاً.

والحاصل: أنّ في كلتا الصورتين المبيع جزئي شخصي خارجي، إلا أنّه بلحاظ كونه مقداراً معيناً فكأنّ المبيع ذلك المقدار، بل لا يبعد أنْ يقال: إنّ قوله «بعتك هذه الدابة بشرط أنْ يكون معها حملها» أيضاً يكون كذلك، بمعنى أنّ في قصدهم جعل الثمن بازاء المجموع، فلو بان عدم الحمل يتبعّض.

وإنْ كان المراد حكم ما إذا علمنا أنّ قصدهم بيع هذا الموجود كائناً ما كان إلا أنّهم يشترطون كونه كذا مقداراً، وبعبارة أخرىٰ صورة العلم يكون أخذ الشرط على حقيقته، بمعنى عدم مقابلته في عالم الانشاء بالمال، فالحق لحوق حكم الشرط له كسائر المقامات، ومجرد كونه على فرض وجوده جزء لا يقتضي كونه مقابلاً بالثمن على فرض عدمه.

فلا يقال: لو كان يلحقه حكم الشرط فينبغي أنْ لا يقابل بالمال على فرض الوجود أيضاً.

لأنا نقول: إذا جعل الثمن بازاء هذا الموجود فلازمه كونه في مقابل تمامه كائناً ما كان، وأمّا لو لم يكن بالمقدار المشروط فالقدر الفائت لم يكن موجوداً حتى يكون مقابلاً بالمال، ومن ذلك يظهر ما في كلام المصنّف من أنّ المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفاً، والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

وذلك لأنّ العرف إنّما يحكم بالمقابلة عند عدم أخذ الشرط على حقيقته، وإلا فلو فرض الالتزام على وجه الشرطية وجعل المبيع هذا الموجود كائناً ما كان فكيف يحكم بالمقابلة؟! ولعله إلى هذا أشار بقوله «فتأمل».

وبالجملة: إذا قال «بعتك كذا بكذا بشرط أنْ يكون وزنه كذا» لا يجعلون المقدار الفائت مقابلاً بالثمن، وإلا فلا فرق بين هذا المثال وما لو قال «بعتك هذه الدابة بكذا بشرط كون حملها معها» فانّ الحمل أيضاً قابل لأنّ يكون مقابلاً بالمال ومعدودٌ عندهم من الاموال، ويكون بعض الثمن من جهة تخيل وجوده.

والحاصل: أنّه لو فرض جعل المقابلة في عالم الانشاء بين هذا الموجود والثمن فلا وجه للتوزيع، ولا فرق بين مختلف الاجزاء ومتساويها، ولا بين الاجزاء وغيرها، خصوصاً مثل ثمر الشجر وحمل الدابة مما يعدّ جزءً عرفاً في حد نفسه.

ومما ذكرنا من التشقيق وأنّ للمسألة صورتين يمكن جعل النزاع بين العلماء لفظياً، فمن قال بالتوزيع غرضه أنّ الشرط المذكور ليس على حقيقته، وأنّ المراد من التعبير المذكور بيان المقدار، كما لو أخبر بوزنه، ومن قال بعدمه أراد صورة إرادة الشرطية حقيقة، فتدبّر.

وأمّا رواية ابن حنظلة فيمكن أنْ يقال إنّها منزلة على الصورة الأولى، بأنْ يكون المراد من قوله (باع أرضاً على أنّها عشرة أجربة)[1] أنّ البائع أخبر بكونه عشرة أجربة، فيكون من قبيل ما لو قال «بعتك هذه العشرة».

ويمكن أنْ يقال: إنّ استرجاع فضل المال ليس من جهة التوزيع والتبعيض، بل من باب الارش، ويكون دليلاً على ما قلنا من كون تخلّف الشرط موجباً للتخيير بين الفسخ والارش، ويؤيد هذا أنّه قال بعده (وأخذ الأرش).

ثم مما ذكرنا تبيّن حكم صورة تبيّن الزيادة، وأنّه على إحدى الصورتين يصير البائع شريكاً، وعلى الأخرى يكون له خيار تخلّف الشرط.

٤٩٠ ـ **قوله** ﴿ﺭﺡ﴾: **(وإنْ كان بصورة القيد** ... الخ)[2].

أقول: هذا البيان من المصنّف يؤيد ما ذكرنا من أنّ ما بيد العرف الصورة الأولى، وأنّ التعبير بالشرط صوري ومن باب المسامحة.

٤٩١ ـ **قوله** ﴿ﺭﺡ﴾: **(لأنّ المبيع هو الموجود الخارجي** ... الخ)[3].

أقول: هذا ناظر إلى صورة أخذ الشرط على وجه الحقيقة، ومعه فالحق عدم التوزيع كما عرفت، فتدبّر.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب الخيار، ح ١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٨٢.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٨٤.

٤٩٢ ـ **قوله ﷺ: (وزاد بعض هؤلاء ...الخ)**[١].

أقول: قوله «ما فرق» مفعول لقوله «زاد»، وحاصل الوجه أنَّ في صورة اختلاف الاجزاء لا يمكن أنْ يعلم مقدار ما بازاء الفائت؛ لأنَّه غير معلوم أنَّه من قبيل أي جزء من الاجزاء الموجودة، مثلاً إذا باع أرضاً على أنَّها عشرة أجربة، وفرض نقصانها عنها بجريب، والمفروض أنَّ بعض تلك الأرض من السهل، وبعضها من الحَزَن، أو بعضها تلال، وبعضها غيرها، فلا يعلم أنَّ الجريب الفائت من أي القسمين، فلا يمكن التقسيط.

والأولى في بيان الايراد عليه أنْ يقال أولاً: أنَّ لازم هذا بطلان البيع لجهالة الثمن، لا لحوق حكم الشرط، فلو كان مقتضى القاعدة لحوق حكم الجزء ـ كما هو المفروض في صورة معلومية القسط كما في متفق الاجزاء ـ فهذا لا يصير وجهاً، لإلحاق حكم الشرط له، بل مقتضاه بطلان أصل المعاملة.

وثانياً: نمنع الجهالة في جميع الصور؛ إذ قد يكون جميع القطاع متساوي القيمة وإنْ كانت مختلفة في حد نفسها، فالقسط معلوم، وكذا قد يكون بناؤهما على كون الطرف الفلاني تمامه من السهل، كما إذا كان الجزء المشتمل على الحزن أول قطعة الأرض، وكانت البقية كلها من السهل، وتخيل أنَّ ما للبائع يكون مقدار العشرة فبان نقصانه، وكذا إذا فرض كون كتاب معين مختلف الخط، وكان بناؤهما على أنَّ الطرف الآخر منه كله من خط كذا فبان ناقصاً، فانَّه لا بدَّ من جعله من ذلك الخط وهكذا، فعدم المعلومية مطلقاً ممنوع.

وثالثاً: نقول في جميع الصور القسط معلوم، لأنَّه إذا راى المبيع على النحو الموجود من الاختلاف، وفرض نقصانه، فالمقدار الناقص أيضاً يؤخذ بوصف الموجود، مثلاً إذا كان نصفه ناقصاً يؤخذ ذلك، مثل النصف الموجود بحسب القيمة والكيفية؛ إذ المفروض أنَّه رأى هذا الموجود بهذه الكيفية وتخيله تاماً، فلو فرض كون ثلث الموجود بوصف، وثلثاه بوصف آخر يجعل الفائت أيضاً كذلك

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٨٥.

وهكذا، وإلى هذا الوجه الثالث أشار المصنّف بقوله (ومع اختلافها فظاهر التزام كونها عشرة...الخ)، وهذا هو التحقيق في الجواب الذي في المتن، وأمّا سائر ما ذكره فلا طائل تحته كما لا يخفى.

٤٩٣ ـ قوله ﷺ: (وفيه مضافاً ...الخ)[1].

أقول: حاصله أنّ جهالة القسط لا يقتضي ذهاب حق المشتري، بل لا بدّ من الصلح، إلّا أنّ يقال الجهالة راجعة إلى جهالة الثمن، فالمعاملة باطلة، فلا حق للمشتري.

٤٩٤ ـ قوله ﷺ: (وفيه منع عدم المعلومية ...الخ)[2].

أقول: الظاهر أنّ لفظة «وفيه» زيادة من قلم الناسخ، وقوله (منع) مبتدأ لقوله (وفيه مضافاً ...الخ).

٤٩٥ ـ قوله ﷺ: (لأنّ الفائت صفة ...الخ)[3].

أقول: الأنسب أنْ يقول الفائت جزء مماثل للموجود في الكيفية والقيمة؛ لأنّ المفروض أنّ الفائت يلحقه حكم الجزء على مذاق الشيخ.

٤٩٦ ـ قوله ﷺ: (وإنْ كان الفرض مستحيل الوقوع ...الخ)[4].

أقول: هذا لا دخل له بالمطلب؛ لما عرفت من أنّا لا نحتاج إلى الفرض الذي فرضه، بل يجعل الفائت مماثلاً للموجود؛ لأنّ الموجود عنوان للجميع؛ حيث تخيله تاماً فتخيل أنّ جمعيه على هذه الكيفية الموجودة.

٤٩٧ ـ قوله ﷺ: (إلا أنّه لا يقدح ...الخ)[5].

أقول: مورد الاشكال صورة الاختلاف، وإلا فصورة الاتفاق في القيمة لا اشكال

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٨٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٨٦.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٨٦.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٨٦.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٨٦.

فيها، فالعمدة في الجواب ما ذكره بقوله (ومع اختلافها فظاهر ...الخ) حسبما عرفت، ولو اقتصر عليه كان أحسن حسبما ذكرنا في الايراد الثالث، فتدبّر.

٤٩٨ ـ قوله ﷺ: (إنْ اشتراط عدم الزيادة ...الخ)[1].

أقول: هذا خبر لقوله (من أنَّ مقتضى ما تقدم ...الخ).

٤٩٩ ـ قوله ﷺ: (ولعل هذا أظهر ...الخ)[2].

أقول: الأظهرية ممنوعة، بل التحقيق ما عرفت من ان الشرط قد يكون صورياً في المقامين، ولازمه لحوق حكم الجزء، وقد يكون حقيقياً فيما يلحقه حكمه.

ثم إنَّه بقي هنا أمور:

الأول: هل خيار تخلّف الشرط فوري أو متراخ، إنْ قلنا إنَّ مدركه الاجماع فهو فوري، وإنْ قلنا إنَّ مدركه الضرر فحاله حال خيار الغبن فراجع، وإنْ قلنا إنَّه مقتضى القاعدة فالظاهر أنَّه متراخ.

الثاني: قد أشرنا سابقاً إلى أنَّ تعذّر الشرط إنَّما يوجب الخيار إذا لم يكن بتقصير من المشروط عليه، فلو اشترط عليه خياطة ثوب خاص فأتلفه المشروط له عمداً فلا خيار له، وأمّا لو كان بقصور منه، كما لو فرض اتلافه الثوب غافلاً عن الشرط، أو اشترط عليه خياطة ثوب كلي، ولا يقدر على شراء ثوب حتى يخيط له المشروط عليه، أو اشترط عليه بيع داره منه بثمن المثل ولا يقدر على الشراء ونحو ذلك، ففي ثبوت الخيار وجهان، وكذا لو خرج الشرط عن المالية، كما إذا اشترط عليه قربة من الماء في حال عزة وجوده فصار كثيراً لا قيمة له، أو خرج عن كونه متعلقاً لغرض العقلاء بعد ما كان كذلك ونحو ذلك، فانَّ في الخيار وجهين.

الثالث: لو كان الشرط على ثالث وقد قبل فالظاهر اجباره أيضاً، ومع التعذر له الخيار من غير فرق.

الرابع: لو عمل بالشرط الصحيح، ثم فسخ أحدهما العقد بخيار آخر أو تقايلا

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٨٧.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٨٧.

فالظاهر تبعية الشرط للعقد في الانفساخ، وحينئذٍ فانْ كان من شروط النتيجة، كما إذا اشترط كونه وكيلاً أو كون ماله لزيد أو للطرف الآخر فبالفسخ يبطل الوكالة والملكية، وكذا لو اشترط الرهانة، وحينئذٍ فانْ كان عين المال المشترط ملكيته موجودة رجع إليها، وإلا انتقل إلى البدل، سواء تلفت في يد أحد المتعاقدين أو ثالث، فانَّ ضمانها إنَّما يكون على المشروط عليه، ولا يرجع على الثالث.

لا يقال: لم يكن في مقابل الشرط مال فلا وجه للانتقال إلى البدل.

لأنا نقول: لم يكن المال المشروط مجاناً أيضاً، ويكفي في ضمانه كونه مقابلاً به في عالم اللب.

وأمَّا لو كان المشروط فعلاً من الأفعال وقد أوجده فله أجرة المثل على المشروط له إنْ كان مما له أجرة كخياطة الثوب، ويشمل[1] فيما ليس له أجرة كما لو اشترط بيع دار بثمن المثل فباعها، وأمَّا لو اشترط عتق عبده فاعتقه فالظاهر الرجوع عليه بعوض العبد، هذا.

ولو كان الشرط وصفاً كالكتابة ونحوها وزال عند المشروط ففسخ العقد فالظاهر رد المبيع وعوض الوصف الفائت، بل الظاهر أنَّ الحكم كذلك في زوال كل وصف موجود حين العقد، وزواله عند أحدهما، كما إذا عاب المبيع عند المشتري أو الثمن عند البائع، وسيأتي الكلام في ذلك إنْ شاء الله في أحكام الخيار[2]، كما أنَّه قد تقدم الاشارة إلى حكم زوال الوصف سابقاً[3]، والغرض الاشارة الاجمالية، ولم أجد من تعرّض لهذه المسائل سوى حكم الوصف الفائت، فانَّه تقدَّم شطر من الكلام فيه في المتن، وكان مختار المصنِّف عدم الضمان فراجع وتأمل، وعليك بالتأمل في جميع هذه المسائل.

الخامس: لو اختلفا في الاشتراط وعدمه كان الأصل عدمه، وكذا لو اختلفا في العمل به، ولو اختلفا في تعيينه تحالفا وبطل الشرط ويثبت الخيار للعلم به اجمالاً،

---

(١) هكذا في الاصل، والظاهر أنها «يشكل».
(٢) تعليقة ٦٨٩.
(٣) تعليقة ١٠٥.

وعدم العمل عليه، ولو اختلفا في كونه صحيحاً أو فاسداً كان الأُصل مع مـدعي الصحة، لكن لا يثبت به أنَّه كان كذا، ويحتمل الثبوت، فتدبّر.

❁ ❁ ❁

حكم الشرط الفاسد

❑ الاول: لا يجب الوفاء به

٥٠٠ ـ قوله ﷺ: (على القول بعدم افساد... الخ)[١].

أقول: هذا يؤيد الاحتمال الثاني من الاحتمالين اللذين ذكرناهما سابقاً[٢] في شرح قوله في مقام استظهار مذهب الشيخ في وجوب الوفاء بالشرط وعدم الاجبار؛ وذلك لأنّ الظاهر منه الفرق في استحباب الوفاء من باب الوعد وبين ما لو قلنا أنّ الشرط الفاسد مفسد أو لا، وأنّ ذلك إذا قلنا بالثاني؛ إذ على الأول لا يبقى عقد فلا يبقى شرط حتى يستحب الوفاء به.

لكنك عرفت أنّه لا فرق؛ إذ بطلان العقد لا يوجب خروج الشرط عن موضوع كونه وعداً.

ثم لا نسلّم الاستحباب على فرض صحة العقد أيضاً؛ إذ بعد حكم الشارع بلغوية الشرط وأنّه كالعدم لا يشمله دليل الوعد أيضاً، وما في بعض الاخبار السابقة من قوله ﷺ (إنْ شاء وفى بشرطه، وإنْ شاء لا)[٣] المراد منه بيان اللغوية، لا أنّه يجوز له الوفاء بعنوان أنّه شرط أو وعد كما لا يخفى، وما نحن فيه نظير ما إذا وهب ماله بعقد فاسد فانّه لا يبقى الاذن في التصرف ولا التمليك المطلق، فتدبّر.

٥٠١ ـ قوله ﷺ: (ولا تأمل أيضاً في أنّ الشرط ...الخ)[٤].

أقول: الشرط الفاسد من جهة كونه منافياً لمقتضى العقد عرفاً، بحيث يرجع إلى التناقض خارج عن محل الكلام، فانّه لا اشكال في كونه مفسداً من جهة عدم

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٨٩.

(٢) تعليقة ٤٥٩.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٦.

(٤) كتاب المكاسب ٦: ٨٩.

تحقق العقد معه، وكذا الشرط الفاسد من جهة عدم كونه مذكوراً في متن العقد، بأنْ يكون سابقاً ولم يكن العقد مبنياً عليه، وكذا المبني عليه العقد إذا قلنا باعتبار ذكره في الانشاء، فانّه أيضاً لا اشكال في عدم كونه مفسداً؛ لأنّ المدار على انشاء المعاملة، وهو مطلق لا شرط فيه، وإنْ كان التراضي منوطاً به؛ إذ لا مناط بالرضا الغير المدلول عليه في الانشاء، وكذا اشتراط البيع على البائع إنْ قلنا بتمامية ما ذكره العلامة من الدور أو ما ذكره الشهيد من عدم القصد إلى البيع؛ إذ معهما أيضاً لا يتحقق العقد، فيكون مفسداً بلا اشكال.

وأمّا بقية الأقسام فكلها داخلة في محل النزاع على ما يقتضيه اطلاق كل واحد من القسمين، نعم هذا من حيث القاعدة، وإلا فبعضها خارج من جهة النص الخاص، كمسألة اشتراط جعل العنب خمراً أو الخشب صنماً، ومسألة اشتراط البيع على البائع على ما سيجيء[1] من النص على بطلانه، وإلا فمقتضى القاعدة في الجميع سواء من غير فرق بين الشرط المجهول وغير المقدور، ومثل اشتراط الانتفاع بالمبيع على الوجه المحرم، كجعل الخشب صنماً، والشرط الذي لا يتعلق به غرض العقلاء وغيرها؛ وذلك لأنّ الشرط تابع في مقام المعاملة غير مقصود بالاصالة، وإنْ كان متأصلاً في أصل الغرض، بأنْ يكون هو المقصود من المعاملة، فانّ المدار على الانشاء في الاصالة والتبعية، لا على أصل الغرض، وحينئذٍ فنقول إنّ الجهالة فيه لا تسري إلى أصل البيع حتى يكون غررياً؛ لأنّ ذلك فرع كونه جزءً لأحد العوضين حتى يسري غرره إليهما، والمفروض أنّه غير مقابل في الانشاء بالعوض، وكونه مقابلاً به في عالم اللب لا يقتضي الغرر في المعاملة بما هي معاملة، ولو سلمنا سراية الغرر إلى أصل المعاملة فانّما نسلّم ذلك في بعض المقامات، لا كلية، فلا وجه لاطلاق القول بعدم التأمل في كونه مفسداً.

ومن ذلك يظهر حال الشرط الغير المقدور، فانّه أيضاً لا يوجب كون العوضين غير مقدوري التسليم، مع أنّه على فرضه إنّما يوجب البطلان بالنسبة إلى ما كان

---

(١) تعليقة ٥٣٣.

غير مقدور، وهو الشرط، وما يقابله لا مطلقاً، نظير ما إذا كان بعض أحد العوضين غير مقدور التسليم.

وأمّا اشتراط الانتفاع على الوجه المحرم فلا يوجب خروج المال عن كونه مالاً له منفعة محللة مقصودة للعقلاء؛ فلا وجه لبطلان البيع بعد كون الشرط فاسداً وكالعدم.

ودعوى: أنّه يصدق أنّه أخذ ثمن المحرم، وأنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه، ومقتضاه البطلان.

مدفوعة: بمنع ذلك، فانّ الثمن في مقابل عين الخشب أو العنب أو الجارية، لا في مقابل جعله صنماً أو خمراً أو في مقابل غنائها، وإلا لزم في صورة اشتراط اعطاء مقدار من الخمر في بيع الحنطة بدرهم مثلاً أنْ يكون بعض العوض في مقابل الخمر، وأنْ يكون ثمناً للحرام، وهكذا في سائر الشرائط المحرمة.

والحاصل: أنّ صدق كونه ثمن الحرام موقوف على كونه مقابلاً بالمال، والمفروض عدمه.

فانْ قلت: إنّ الوجه في بطلانه أنّه حصر المنفعة في المحرم بمقتضى شرطه، ولازم هذا بطلان المعاملة، بخلاف ما إذا اشترط فعل حرام لا دخل له بالمبيع، أو الثمن.

قلت: غاية هذا بطلان الشرط، لا أصل المعاملة، فانّه لا يشترط فيها إلا كون العوضين مما له منفعة محللة مقصودة، وحصر الانتفاع في المحرم إنّما يصير إذا كان صحيحاً، وإلا فلا فرق بين ذلك وبين ما لو قال «بعتك الكتاب بشرط أنْ لا تتصرف فيه إلا بعد أنْ تشرب الخمر» فانّ الانتفاع به موقوف على المحرم بمقتضى الشرط، مع أنّه لا يوجب البطلان على قولك.

فالتحقيق: أنّ البطلان وعدمه بمقتضى القاعدة مبني على القولين، نعم يدل بعض الاخبار في خصوص بعض بالمقامات على بطلان أصل البيع فنقول به من جهته، لا من جهة القاعدة، ولا يلزم أنْ ينطبق كل نص على القاعدة، وظني أنّ

العلامة أراد انطباق النص الوارد في بطلان البيع المشترط فيه بيعه على البائع على القاعدة، فقال (إنّه مستلزم للدور)[١]، وكذا الشهيد[٢] فقال يرجع إلى عدم قصد البيع، وكذا المصنّف في مسألة بيع العنب[٣] بشرط أنْ يعمله خمراً فقال إنّه يرجع إلى أخذ العوض على المحرم، مع أنَّ الحكم تعبدي، ومن جهة النص الخاص، فتدبّر.

ثم إنَّ صاحب الجواهر في آخر المسألة بعد ما حكم بعدم كون الشرط الفاسد مفسداً إلا إذا استلزم انتفاء شرط من شروط العقد، كالشرط المجهول الموجب لجهالة العوضين، وإلا ما كان منافياً للعقد بحيث يعود عليه بالنقض، قال (ينبغي أنْ يكون النزاع في الشرط المطلق، أمّا إذا علم إرادة مجرد الالزام به من غير تعليق فلا اشكال في عدم اقتضاء فساده فساد العقد، كما أنّه لا اشكال في اقتضائه ذلك إذا علم إرادة تعليق الصحة على ملكه، فمحل النزاع الشرط المطلق الذي لم يعلم فيه إرادة أحد الأمرين)[٤].

قلت: أمّا حديث انتفاء شرط من شروط العقد فقد عرفت ما فيه، إذ هو فرع كون الشرط مقابلاً بالعوض في عالم الانشاء، مع أنّه تابع غير مقصود ولا مقابل به، وإنْ كان بالعكس في عالم اللب، أو كان مقابلاً به، وأمّا الشرط الذي أريد منه مجرد الالزام بدون ارتباط له بالعقد فهو شرط بدوي وإنْ كان مذكوراً في ضمن العقد، فليس داخلاً في موضوع البحث، فالاستثناء منقطع، وأمّا ما أريد به التعليق فهو مفسد في الشرط الصحيح أيضاً، فتدبّر.

٥٠٢ ـ قوله ﷺ: (حكي أولهما عن الشيخ ... الخ)[٥].

أقول: الظاهر أنَّ هذا سهو من القلم؛ إذ النسبة بعكس ما ذكره، فانَّ الشيخ ومن

---

(١) التذكرة ١٠: ٢٥١.
(٢) الدروس الشرعية ٣: ٢١٤.
(٣) كتاب المكاسب ١: ١٢٣.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٢١٦.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٩٠.

بعده قائلون بعدم الافساد، والعلامة ومن بعده قائلون بالافساد كما لا يخفىٰ على من راجع كتبهم، مع أنَّ المصنّف أيضاً أسند سابقاً إلى الشيخ ومن تبعه عدم الافساد، فتدبّر.

٥٠٣ ـ **قوله**ﷺ:**(والحق أنَّ الشرط الغير المقدور ...الخ)**[1].

أقول: الانصاف أنَّه لا فرق بينه وبين المجهول في ذلك كما عرفت، فكما أنَّ عدم القدرة على الشرط لا يؤثر في العوضين فكذا جهالته، والسر ما عرفت من كونه تابعاً غير مقصود بالاصالة، وغير مقابل بالعوض في الانشاء.

٥٠٤ ـ **قوله**ﷺ:**(ويؤيد الاتفاق على عدم ...الخ)**[2].

أقول: ما اشتهر من أنَّ للشرط قسطاً من الثمن معناه أنَّه كذلك بحسب جعل المتعاقدين حيث جعلاه شرطاً، لا من حيث هو، وهذا لا ينافي كونه مما لا مالية له ولا يتعلق به غرض العقلاء، إلا ترىٰ أنَّه لو باع ما لا مالية له جعل له عوضاً وإنْ لم يكن كذلك في انظار العقلاء، فنفس الشرط بما هو هو له قسط من العوض في عالم اللب من المعاملة وإنْ لم يكن له مالية في حد نفسه، وحينئذٍ فيجري فيه كلا الدليلين، ولا وجه لاخراجه عن محل النزاع، فتدبّر.

٥٠٥ ـ **قوله**ﷺ:**(لعموم الأدلة ...الخ)**[3].

أقول: مثل قوله تعالى ﴿أحل الله البيع﴾ ونحوه، لا مثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ لأنَّ المراد منه وجوب الوفاء بها على ما هي عليه من الخصوصيات، والمفروض عدم صحة الشرط، وعدم وجوب الوفاء بالعقد بما هو مشتمل على الشرط، وإنْ شئت فقل التحقيق أنَّ العقد الكذائي جائز لما سيأتي من ثبوت الخيار بالشرط الفاسد، ومعه لا يشمله العموم المذكور بناءً على ما هو مذاق المصنّف من دلالته على الوجوب التكليفي.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٩٢.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٩٢.

نعم لو لم يكن مفاده إلا الارشاد إلى صحتها على ما هي عليه يصير نظير قوله تعالى ﴿أحل الله البيع﴾، فانَّ عدم صحة الشرط لا يخرج العقد الواقع على العوضين عن كونه عقداً، فيكون صحيحاً، فتدبّر.

٥٠٦ ـ قوله‍ رحمه الله: (فيجب على هذا سقوط ...الخ)[١].

أقول: وإنَّما لم يقل يجب على هذا بطلان النكاح؛ لأنَّ الشرط الفاسد فيه لا يكون مفسداً بلا خلاف ولا إشكال عندهم، إلا إذا كان مناقضاً لأصل العقد، والوجه دلالة بعض الأخبار عليه في خصوص بعض الشروط، مثل صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل تزوج المرأة إلى أجل مسمى، فانْ جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته، وإنْ لم ياتِ بصداقها فليس له عليها سبيل، وذلك شرطهم بينهم حين انكحوا، فقضى للرجل أنَّ بيده بضع امرأته، وأحبط شرطهم)[٢].

وخبره عنه عليه السلام (في رجل تزوج امرأة وشرط لها إنْ هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك أنَّ شرط الله قبل شرطكم، فانْ شاء وفىٰ لها ما يشترط، وإنْ شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها)[٣] إلى غير ذلك.

كصحيح الوشاء عن الرضا عليه السلام (في ما لو جعل للمرأة عشرين ألفاً، ولأبيها عشرة آلاف حيث. قال عليه السلام: المهر جائز، والذي جعله لأبيها فاسد)[٤]، بل هو دال على عدم بطلان المهر أيضاً.

وذكر الفقهاء وجهاً آخر لعدم الافساد في النكاح، وهو أنَّه ليس معاوضة حتى يلزم بطلانه من فوات بعض العوض فيه، وهو الشرط؛ ولذا يصح النكاح بلا ذكر المهر أيضاً، فالشرط الفاسد على القول بافساده إنَّما يفسد المعاوضات دون

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب المهور، ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب المهور، ح ١ .
(٤) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب المهور، ح ١، وقد نقله بالمعنى.

غيرها.

وفيه أولاً: أنَّ صحة النكاح بلا ذكر المهر لا يقتضي صحته مع ذكره على وجه فاسد، وبعبارة أخرىٰ قد يكون بلا عوض، وقد يكون معه ولا يلزم من صحته الأول صحة الثاني، ولو مع بطلان العوض، ألا ترىٰ أنَّ التمليك أيضاً يصح بلا عوض، ومع ذلك إذا كان بعنوان المعاوضة لا بدَّ فيه من صحة العوض وسلامته.

ودعوى: أنَّ التمليك أنواع، بخلاف النكاح فانَّه نوع واحد.

مدفوعة: بأنَّ لنا أنْ نبدِّل التمليك بالصلح، فانَّه نوع واحد، وقد يكون بلا عوض، وقد يكون معه، هذا.

مع أنَّ النكاح لا يكون إلا بعوض، غاية الأمر عدم وجوب ذكر العوض فيه، فيرجع حينئذٍ إلى مهر المثل أو المتعة.

وثانياً: لا نسلِّم اختصاص مفسدية الشرط الفاسد بعقود المعاوضات، فانَّ الصلح بلا عوض، والهبة الغير المعوضة لو ذكر فيهما شرط فاسد كان موجباً لبطلانهما على القول بكون الشرط الفاسد مفسداً، فالأولى أنْ يتمسك بعدم بطلان العقد بالاخبار المذكورة، مضافاً إلى الاجماع.

مع أنَّ في بعض الموارد يكون الحكم خلافياً كما في مسألة اشتراط الخيار في النكاح، فانَّه شرط فاسد بلا اشكال؛ لعدم جريان خيار الشرط فيه، ومع ذلك ففي فساد النكاح به خلاف، بل المشهور على فساده، وإنَّما حكى القول باختصاص البطلان بالشرط عن ابن ادريس[1]، نعم تردد المحقق فيه في الشرائع[2]، وما ذكره في الجواهر[3] من أنَّ هذا الشرط منافٍ لمقتضى العقد، ويوجب عدم تحقق حقيقة النكاح؛ ولهذا يكون مفسداً كما ترىٰ؛ إذ من المعلوم عدم منافاته للعقد بهذا الوجه.

وكذا عن المعروف فساد العقد أيضاً إذا اشترط عدم المهر أصلاً، بل الحكم بصحته مع فساد الشرط في هذه المسألة محكي عن الشيخ فقط، قال في الشرائع

---

(١) حكاه عنه الجواهر ٣١: ١٠٦.

(٢) شرائع الاسلام ٢: ٥٥٢.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ١٠٥.

(فلو تزوجها ولم يذكر مهراً، أو شرط أنْ لا مهر صح العقد)[١] وفي الجواهر في شرحه (قطعاً مع إرادة نفي المهر المسمى في العقد، أمّا لو أرادت نفيه حال العقد وما بعده ولو بعد الدخول فلا خلاف ولا اشكال في فساد الشرط، بل المعروف فساد العقد أيضاً، ولعلة لصحيح الحلبي (سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر؟ فقال عليه السلام: إنّما كان هذا للنبي صلى الله عليه وآله، فأمّا لغيره فلا يصلح ...إلى آخره)[٢]، ثم ذكر صحيح زرارة[٣]، ومرسلتي عبدالله بن سنان[٤] وابن المغيرة[٥])[٦].

قلت: لا دلالة في هذه الأخبار على فساد العقد للشرط المذكور، وإنّما مضمونها عدم جواز هبة المرأة نفسها للرجل، وأنَّ ذلك مختص بالنبي صلى الله عليه وآله، فلعل الوجه في حكم المعروف بفساد العقد كونه بمقتضى القاعدة عندهم.

وبالجملة: الظاهر عدم الفرق بين النكاح وغيره في كون الشرط الفاسد مفسداً له وعدمه، وإنْ كان جملة من الأخبار تدل على عدم فساده، لكن يمكن جعلها دليلاً على كلي المسألة.

ثم إنَّ الظاهر بناء على خروج النكاح من القاعدة اختصاصه بالدائم، وأمّا المنقطع فهي داخلة تحت القاعدة، فحكم الشرط الفاسد فيه حكمه في سائر العقود، ويظهر من بعض الاخبار عدم فساده باشتراط التوارث مع فساده، كصحيح سعيد بن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث قال عليه السلام: ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطا)[٧].

وهذا الخبر أيضاً ينبغي أنْ يذكر في عداد الأخبار الخاصة المستدل بها على

---

(١) شرائع الاسلام ٢: ٥٤٧.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب النكاح وأولياء العقد، ح ١.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب النكاح وأولياء العقد، ح ٥.
(٦) جواهر الكلام ٣١: ٤٩.
(٧) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب المتعة، ح ٧.

عدم الافساد في مطلق الشرط الفاسد، والغرض من هذا التطويل أنّ ما يظهر منهم من كون النكاح الدائم خارجاً عن محل النزاع في المسألة ـ وأنّ عدم الافساد فيه معلوم إمّا من جهة القاعدة، أو من جهة الأخبار، أو من جهة الاجماع ـ لا وجه له؛ إذ الاجماع دليل لبي، وليس إلا في خصوص بعض المسائل، كمسألة اشتراط ترك التزويج والتسرّي، والاخبار أيضاً كذلك، والقاعدة قد عرفت ما فيها؛ إذ عدم كونه معاوضة على حد سائر المعاوضات لا يقتضي ذلك حسبما عرفت، وتمام الكلام موكول إلى محل آخر، وهذا ما اقتضاه بادىء النظر على سبيل الاستعجال مع عدم القدرة على التتبع من جهة اختلال الحال، عافانا الله وعفى عنا بالنبي عليه السلام والآل.

٥٠٧ ـ **قوله** ﷺ**:(والامضاء مجاناً كما عرفت ...الخ)**(١).

أقول: لا يلزم من البيان المذكور كون الامضاء مجاناً، ولا حاجة إليه أيضاً؛ إذ لو قلنا بالارش أيضاً ـ كما قلنا ـ يتم الوجه المذكور؛ إذ البطلان فرع المقابلة بالعوض في عالم الانشاء، ومع عدمه لا يلزم البطلان وإنْ كان مقابلا به في عالم اللب الذي لازمه أخذ الارش.

٥٠٨ ـ **قوله** ﷺ**:(وثانياً: منع جهالة ...الخ)**(٢).

أقول: الأولى أنْ يقال «وثانياً نمنع الجهالة كلية، بل قد يكون ما يقابله من العوض معلوماً حين العقد للمتعاقدين»، و حينئذٍ لا يتوجه الحكم بالبطلان من الجهة المذكورة، فهذا الوجه أخص من المدعى، وأمّا ذكره المصنّف من أنّ التفاوت بين الواجد للشرط والفاقد مضبوطاً كوصف الصحة فلا وجه له؛ إذ المدار في العلم المعتبر في العوضين حال العقد على علم المتعاملين، سواء كان في العرف مضبوطاً أو لا، كما لا يخفى.

ثم إنّ أخذ الارش في وصف الصحة ليس لأجل مضبوطية التفاوت عند العرف، فلا وجه للتفريع الذي ذكره بقوله (ولذا حكم العلامة فيما تقدم ...الخ)؛ إذ

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٣.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٩٣.

حكمه بالارش ليس منوطاً بالمضبوطية، ولا لازماً لها كما لا يخفى.

٥٠٩ ـ قوله ﷺ: (وثالثاً: منع كون ...الخ)[١].

أقول: ولذا حكموا بصحة البيع بالنسبة إلى ما لا يملك إذا باع ما يملك وما لا يملك بعقد واحد، كما إذا باع شاةً وخنزيراً، أو خمراً وخلاً، مع أنّه قد لا يكون ما يقابله من العوض معلوماً حين العقد للمتعاقدين، فيعلم من ذلك أنّ المدار على العلم بما وقع عليه العقد، لا على ما يبقى بعد التقسيط، لكن الانصاف أنّ هذا الحكم منهم مشكل، وإنْ كان الظاهر اجماعهم عليه؛ لأنّ ما دلّ على مانعية الجهل بالعوضين تعبداً وإنْ كان قاصراً لشمول من جهة كون العمدة فيه الاجماع المفقود، بل الموجود على العكس في المقام، أعني مسألة تبعّض الصفقة.

إلّا أنّ ما دلّ على بطلان البيع الغرري مقتضاه البطلان في الصورة المفروضة، خصوصاً مع علمهما أو علم أحدها ببطلان البيع بالنسبة إلى بعض المبيع، وللكلام في هذه المسألة مقام آخر، ويكفي في الجواب المذكور أنّ غاية ما في الباب أنّ حال الشرط في المقام حال الجزء، وكما لا يلزم البطلان فيه من جهة الجهالة، وأنّ المدار على ما وقع عليه العقد، لا ما يبقي بعد التقسيط، فكذا في الشرط مع الاغماض عن عدم كونه مقابلاً بالعوض، وإلا فالتحقيق هو الوجه الأول من عدم كونه مقابلاً بالعوض في الانشاء الذي هو المدار، فتدبّر.

٥١٠ ـ قوله ﷺ: (أنّ التراضي إنّما وقع ...الخ)[٢].

أقول: وبوجه آخر المعاملة مقيدة بحسب الانشاء؛ لأنّ الشرط قيد، وبانتفائه ينتفي المقيد، فمع قطع النظر عن اعتبار الرضا أيضاً يتم الوجه.

٥١١ ـ قوله ﷺ: (أو انكشف فقد بعض الصفات ...الخ)[٣].

أقول: وكذا مطلق تخلّف الشرط الصحيح سواء كان من جهة التعذر أو امتناع

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٣.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٩٣.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٩٤.

المشروط عليه عن الوفاء، فانّه لو كان الارتباط المذكور موجباً لعدم العقد كان اللازم حينئذٍ البطلان، لا الخيار، مع أنّه لا خلاف ولا اشكال في أنّه لا يوجبه، بل غاية ثبوت الخيار للمشروط له، هذا.

وربما يدفع هذا النقض بأنّا لا نقول إنّ العقد مقيد بالشرط بمعنى الملتزم حتى يكون فقده موجباً لفقده، بل مقيد بنفس الشرط، بمعنى الالتزام، وهو حاصل في الشروط الصحيحة المختلفة، فانّ المشروط له صار مالكاً للشرط على المشروط عليه، بخلاف الشروط الفاسدة فانّ نفس الالتزام يصير كالعدم، فالقيد غير حاصل من الأول، ولازمه البطلان.

قلت: لو سلمنا التقييد فالظاهر كونه على الوجه الأول، بمعنى أنّ القيد هو الشرط بمعنى المشروط والملتزم؛ إذ هو المنساق من قولهم «بشرط كذا»، فانّ الظاهر أنّ القيد مثل الخياطة ونحوهما، لا الالتزام بهما، وحينئذٍ فلا فرق بين الشروط الصحيحة والفاسدة المتخلفة، نعم لو قلنا به على الوجه الثاني يتم ما ذكره من الدفع، وحينئذٍ لا بدّ من الاقتصار على ما في المتن، ولعل المصنّف أيضاً ناظر إلى هذا؛ حيث لم يذكر هذا النقض، فتدبّر.

٥١٢ ـ **قوله ﵀: (فانّه لا خلاف نصاً وفتوى ...الخ)**[١].

أقول: قد عرفت أنّ النص والاجماع إنّما هو بالنسبة إلى بعض الشروط، لا الجميع، لكن ذلك البعض كافٍ في النقض كما هو واضح، ثم قد عرفت ادّعاء كون عدم الافساد في الشروط الفاسدة في النكاح على القاعدة، وبعبارة أخرىٰ إبداء الفرق بينه وبين سائر العقود من جهة عدم كونه معاوضة على حد سائر المعاوضات، وقد عرفت عدم تماميته، فلا تغفل.

٥١٣ ـ **قوله ﵀: (وقد تقدم أنّ ظاهرهم ...الخ)**[٢].

أقول: بناءً على تسليم عدم الافساد في الشرط الغير المقصود للعقلاء يمكن

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٤.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٩٤.

دعوى الفرق بينه وبين غيره، بأنّه في الحقيقة ليس قيداً، فكأنّه خارج عن حقيقة الشرط، فلا يتم النقض به كما هو واضح، وكذا لا يصح النقض بالشرط الغير المذكور في العقد؛ لأنّا إذا اعتبرنا في صحة الشرط وتحقق موضوعه كونه مذكوراً في متن العقد فغير المذكور ليس قيداً في العقد في مقام الانشاء، ومجرد تقييد رضاه القلبي به لا يثمر بعد كون المدار على ما ذكر في الانشاء، فالرضا الباطني الغير المدلول عليه في العقد حكمه حكم سائر الأغراض في عدم الاعتبار به.

٥١٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وحل ذلك** ...الخ)[1].

أقول: يظهر من بيانه أنّ القيود في حد أنفسها قسمان: أحدهما ما يكون ركناً، والثاني غيره، والاختلاف إنّما هو بالنظر إلى العرف وتشخيصهم، وليس كذلك.

بل التحقيق أنّ ذلك منوط بنظر الجاعل للقيد، فقد يجعل الوصف العارضي الذي لا يكون ركناً في الانظار قيداً ركنياً، وقد يعكس.

فالاولى أنْ يقال: إنّ القيود المأخوذة في المطلوبات أو غيرها قد يكون أخذها على وجه الركنية، بأنْ يكون تقييداً في جميع المراتب، بحيث يوجب انتفاؤه انتفاء المقيد، وقد يكون لا على هذا الوجه، ومقام الشرط في ضمن العقود من قبيل الثاني عند أهل المعاملة، وإنْ كان الشرط غرضاً أصلياً من المعاملة؛ بحيث كان أصل العقد تبعاً له في الغرض، فانّه ليس مناطاً، بل المناط هو كيفية الانشاء، فكل ما التزم بعنوان الشرط فهو تابع في هذا الجعل، وغير مقصود بالاصالة، ويكون قيداً غير ركني، بمعنى أنّ انتفاءه لا يكون موجباً للانتفاء، ولازم هذا أنّه لو فرض انشاء الشرط على وجه التقييد الركني في خصوص مقام بالنسبة إلى شخص خاص أنْ يحكم بالبطلان عند عدمه، سواء كان صحيحاً متخلفاً أو فاسداً.

والحاصل: أنّا ندعي أنّ ما بيد العرف من أهل المعاملات بالنسبة إلى الشرط هو اعتبار التقييد لا على وجه الركنية، هذا ويمكن أنْ يكون مراد المصنّف أيضاً ما ذكرنا فلا ايراد عليه حينئذٍ، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٥.

ويمكن أنْ يقرر الوجه المذكور بأنَّ التقييد قسمان، تقييد في جميع المراتب، وتقييد في الرتبة الأولى، الذي يكون تعدداً مطلوبياً في الرتبة الثانية، والشروط من القسم الثاني، فتدبّر.

هذا، ويمكن بيان أصل الحل بوجه آخر يستفاد مما بيّنا في كيفية تطبيق خيار تخلّف الشرط على القاعدة، وهو أنْ يقال إنّا نمنع كون الشرط قيداً لا بالنسبة إلى الملتزم، ولا بالنسبة إلى نفس الالتزام، بل الالتزام الشرطي منضم إلى أصل الالتزام البيعي، كما أنَّ الملتزم منضم إلى أحد العوضين حسبما بيّنا هناك؛ فحاله حال الجزء في أنَّه ليس قيداً في الكل، ولا في جزء آخر، وبعد ضم الشرط إلى البيع، والمشروط إلى المبيع يصير راجعاً إلى الانشاء وحداني بسيط وارد على محل مركب، ولازمه البطلان بالنسبة إلى خصوص الشرط إذا كان فاسداً، لا بالنسبة إلى أصل البيع كما في بيع الخمر والخل، نعم له الخيار من جهة عدم صدق تحقق ما عاهد عليه في ضمن الكل، كما يصدق تحققه بالنسبه إلى الأصل في ضمن الكل، وعلى هذا البيان يكون الخيار في الشرط الفاسد أيضاً بمقتضى القاعدة، كما في تخلّف الشرط والجزء.

وبوجه آخر أيضاً يستفاد مما بيّنا هناك، وهو أنّا سلمنا التقييد أمّا بالنسبة إلى خصوص الالتزام أو بالنسبة إلى خصوص الملتزم أيضاً، إلا أنَّه ليس راجعاً إلى أصل المعاملة، بل إلى لزومها والالتزام بها؛ لأنَّ هذا هو المستفاد من الشروط في المعاملات التي بايدي أهل العرف، وعلى هذا أيضاً يكون الخيار في صورة فساد الشرط بمقتضى القاعدة كما في تخلّف الشرط الصحيح، فتدبّر.

٥١٥ ـ قوله ﷺ: (وإنْ لم يظهر منه أثر ...الخ)[١].

أقول: في الجواهر بعد بيان عدم كون الشرط الفاسد مفسداً قال (بل أقصاه ثبوت الخيار للتضرر، ولا بأس بالتزامه هنا مع الجهل بالفساد، بل لعل القائلين ببطلان

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٥.

الشرط خاصة يلتزمون بذلك وإنْ لم يصرحوا به، ولعله لمعلوميته)[١] انتهى.

٥١٦ ـ **قوله ﷺ: (على أنَّ ليس منه عليَّ وضيعة ...الخ)[٢].**

أقول: يعني بشرط كون الضرر المترتب على ذلك الشراء إذا باع بوضيعة على البائع الأول، وهذا الشرط الظاهر فساده على ما صرح به في الشرائع وغيره لكونه مخالفاً للكتاب والسنة؛ إذ لا معنى لكونه نقصان مال شخص على آخر، إلّا أنْ يريد من ذلك اعطاء البائع المعادل ذلك النقصان مجاناً، وحينئذٍ لا بأس به إذا قلنا باغتفار مثل هذه الجهالة في الشرط؛ حيث إنَّ أصل النقصان عن رأس المال مشكوك، ومقداره أيضاً مجهول.

٥١٧ ـ **قوله ﷺ: (مع أنَّ صحة العقد لا وجه ...الخ)[٣].**

أقول: الظاهر أنَّ مراده أنَّه لو حمل لا ينبغي[٤] على الحرمة كان راجعاً إلى أصل البيع المشتمل على الشرط المذكور، وحينئذٍ يدل على فساده، وأمّا إنْ حمل على الكراهة فهو راجع إلى الوفاء بالشرط، بمعنى اعطاء مقدار النقصان، ومعه لا معنى للكراهة؛ إذ حينئذٍ العقد يكون صحيحاً، والعمل بالشرط وإنْ كان فاسداً لا يكون مكروهاً، بل هو مستحب من باب الوفاء بالشرط.

وحاصل الجواب الذي يذكره المصنّف بعد ذلك أنَّه لا مانع من حمله على الكراهة وارجاعه إلى أصل البيع، يعني أنَّ البيع الكذائي مكروه وإنْ كان الوفاء بالشرط المذكور واجباً بعد الايجاد، بناءً على عدم بطلانه، أو مستحباً من باب أنَّه وفاء بالوعد بناءً على بطلانه؛ فلا داعي إلى ارجاعه إلى الوفاء بالشرط ليقال إنَّه لا وجه لكراهته.

قلت: مع أنَّه ليس في الخبر إشارة إلى الوفاء بالشرط حتى يكون لا ينبغي راجعاً

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢١٣.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٩٦.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ٩٦.

(٤) الظاهر زيادة «لا ينبغي» او تأخيرها فتكون العبارة «لو حمل على الحرمة كان لا ينبغي» وان كانت العبارة لا تخلو عن عجمة ظاهرة.

إليه، هذا مع أنّه لو أمكن ارجاعه إليه فحمله على الحرمة أيضاً لا يثبت المدعى؛ إذ غايته الدلالة على حرمة الوفاء بالشرط بمعنى فساده، وأمّا فساد العقد فلا دلالة فيه على هذا التقدير أصلاً، وأيضاً الشرط المذكور في الرواية من شروط النتيجة لا الفعل، فلا معنى للحكم بكراهته، فتدبّر.

ثم لا نسلم أنّ الوفاء بالشرط الفاسد مستحب من باب أنّه وعد، بل يمكن أنْ يكون مكروهاً لكونه عملاً بالشرط الفاسد صورة، وإنْ كان بعنوان الوفاء حقيقة وفي قصده، ولعمري إنّ الاستدلال المذكور في غاية الضعف والسقوط.

٥١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(فيقع لا عن رضا فيفسد** ...الخ)[1].

أقول: يمكن منع الفساد بمجرد ذلك، فانّ طيب النفس المعاملي حاصل؛ إذ غاية الأمر أنّ ذلك الالتزام العرفي الخارجي من قبيل الداعي، فهو نظير ما إذا كان مديوناً فباع داره لأجل الوفاء مع عدم طيب نفسه بالبيع من حيث هو، فانّه لا يضر بالمعاملة؛ إذ بعد وجود مثل هذا الباعث يكون طيب النفس في البيع، وكذا في المقام، فانّه بعد ملاحظة التزامه بالبيع وإرادته عدم السقوط عن أنظار العقلاء في ترك العمل بما قال يكون طيب النفس؛ كيف ولو كان مثل هذا الالتزام مانعاً عن تحقق الرضا لا يتفاوت الحال بين كونه في ضمن العقد وعدمه مع امضاء الشرع وعدمه؛ إذ مع الامضاء لا يحصل له الطيب، فلازم ما ذكره كون البيع وفاء عن الشرط اللازم العمل شرعاً باطلاً إذا لم يكن راضياً، وكان ذلك منه من جهة الوجوب الشرعي كما هو الغالب في الالتزامات الشرعية، أو دعوى أنّه لا يعتبر الرضا لمكان وجوبه، وهو مما لا يمكن الالتزام به، والحاصل أنّ البيع الصادر من جهة الالتزام الخارجي العرفي أو الداخلي الشرعي لا يخرج عن كونه مع الرضا وطيب النفس المعاملي، ولا يعتبر أنْ يكون طيب النفس من حيث هو هو، وفي حد نفسه كما هو واضح.

ثم إنّ ظاهر الروايتين كون الالتزام من جهة الشرط في ضمن العقد كما لا

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٧.

يخفى.

ثم إذا فرضنا فساد هذا الشرط فلا حاجة إلى ما ذكره المصنّف من كون الالتزام في خارج العقد؛ إذ مع كونه في ضمن العقد وفرض فساده يكون كالعدم شرعاً، فلو عمل به باعتقاد أنّه ملزم به شرعاً كان غير طيب النفس، فيكون فاسداً إنْ قلنا بكفاية هذا المقدار في الفساد، كما هو مبنى ما ذكره، فيكون حاصل جواب الامام عليه السلام أنّه إذا كان البيع الثاني من جهة أنّه وفاء لما التزم به في البيع الأول كان فاسداً؛ لأنّ هذا الالتزام فاسد، فالبيع بهذا العنوان فاسد؛ حيث إنه غير راضٍ به من حيث هو، وإنّما يأتي به بتخيل أنّه يجب عليه، فتدبّر.

٥١٩ ـ **قوله رحمه الله: (وهو مما لا خلاف فيه ...الخ)**(١).

أقول: كما عن الرياض، بل أسند الفساد إلى الاصحاب، وعن الكفاية (لا أعلم خلافاً بينهم في البطلان عند الشرط)(٢)، وعن المفاتيح (الظاهر اتفاقهم على بطلانه)، لكن في الجواهر (قد يظهر الخلاف من المقنعة والنهاية والسرائر)(٣) وسيأتي تتمة الكلام إنْ شاء الله.

٥٢٠ ـ **قوله رحمه الله: (لأجل كون نفس هذا الاشتراط فيه ...الخ)**(٤).

أقول: يعني أنّ محل الكلام ما إذا كان الشرط فاسداً في حد نفسه، وهذا الشرط صحيح من حيث هو، ولكن يعتبر في صحة البيع عدم مثل الشرط فيه ولو تعبداً، ففساد البيع ليس من جهة فساد الشرط، بل من جهة كونه مشروطاً بعدم مثل هذا الشرط فيه وإنْ كان صحيحاً في حد نفسه، نعم بعد فساد العقد يفسد الشرط لمكان تبعيته للعقد، ولولا ذلك أمكن الحكم بفساد العقد وصحة هذا الشرط، وبالجملة لا دخل لهذه المسألة بمقامنا، وهذا واضح.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٨.
(٢) الكفاية الاحكام ١: ٩٤.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ١١٠، وقد حكى الاقوال السابقة بل هي نص عبارته.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٩٨.

٥٢١ ـ قوله ﷺ: (إشارة ... الخ)[١].

أقول: وذلك لأنَّه المنساق من قوله ﷺ (وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا ... الخ)[٢].

٥٢٢ ـ قوله ﷺ: (بكونه مخالفاً للكتاب والسنة ... الخ)[٣].

أقول: هذا بناءً على عدم صحة الشروط البدوية، فانَّه على هذا لو كان الشرط في خارج العقد كان المناسب أنْ يعلل الفساد بعدم كونه في ضمن العقد؛ لعدم كونه شرطاً موضوعاً، أو لعدم وجوب الوفاء به، فانَّ التعليل بالمانع مع عدم وجود المقتضي غير مناسب، ومن المعلوم أنَّ تحقق الموضوع أو شمول الدليل من حيث هو من المقتضي، والمخالفة للكتاب من المانع، وأمَّا بناءً على صحة الشروط البدوية فلا وجه للفساد إلا المخالفة للكتاب، فلا يتم تقريب الجواب، وكذا لو شككنا في صحتها وعدمها، بل يمكن أنْ يجعل هذا الخبر دليلاً على الصحة بناءً على الحمل المذكور.

ثم لا يخفىٰ أنَّ لقائل أنْ يقول: لعل الشرط المذكور كان في خارج عقد البيع لكن في ضمن عقد لازم آخر، فانَّه على هذا يصح التعليل للفساد بالمخالفة، ومع ذلك لا يدل على صحة العقد المشروط فيه؛ إذ غاية ما يستفاد من الخبر صحة بيع الجارية، ولعلها من جهة عدم اشتماله على الشرط الفاسد.

والحاصل: أنَّ هذا الخبر قضية في واقعة، ولا عموم فيه، وإذا احتمل أنْ يكون صحته من جهة عدم اشتماله على الشرط الفاسد كفى في هدم الاستدلال، فالأولى أنْ يقال: إنَّ ظاهر الخبر كون الشرط في ضمن بيع الجارية، لا في الخارج، ولا في عقد آخر، فتدبّر.

٥٢٣ ـ قوله ﷺ: (ويؤيده ما ورد ... الخ)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٩٩.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٢.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٩٩.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٠٠.

أقول: فانّها كالصريحة في عدم فساد العقد بفسادها، كخبر محمد بن قيس[١]، وصحيحة ابن مسلم[٢]، وخبر آخر لمحمد بن قيس[٣]، وخبري منصور بن يونس[٤] التي تقدم جملة منها في أول الباب، وكذا صحيح الوشاء عن الرضا عليه السلام في اشتراط شيء من المهر لأبي المرأة، حيث قال عليه السلام: (كان المهر جائزاً، والذي جعله لأبيها فاسداً)[٥]، فانّه صريح في صحة النكاح مع ذلك، إلى غير ذلك، وإنّما جعل هذه الأخبار مؤيدة لا أدلة لأنّ باب النكاح مورد الاجماع في عدم فساده بفساد الشرط، نعم هذا مختص بناءً على تسليمه بالنكاح الدائم.

وأمّا المنقطع فحاله حال سائر العقود، وحينئذٍ يمكن الاستدلال بما ورد فيه مما يدل على صحة العقد مع فساد الشرط كصحيح سعيد بن يسار الوارد في اشتراط الميراث، حيث قال: (ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطا)[٦]، فانّه ظاهر في صحة العقد مع اشتراط الميراث مع كونه فاسداً.

لا يقال: إنّ الاخبار الدالة على عدم الافساد مختصة بموارد معينة من البيع أو النكاح الدائم أو المنقطع؛ فلا وجه للتعدي إلى سائر الموارد و سائر العقود.

لأنّا نقول: الظاهر عدم القائل بالفرق بين الموارد والعقود، فتدبّر.

٥٢٤ ـ قوله رحمه الله: (وفيه ما لا يخفىٰ ...الخ)[٧].

أقول: وذلك لأنّ صحة العقد ليست موقوفة على صحة الشرط، بل على عدم اشتماله على الشرط الفاسد، نعم العقد المشتمل على الشرط يتوقف صحته على صحة الشرط على القول بالافساد، ولا يلزم الدور؛ إذ صحة الشرط ليست موقوفة على صحة العقد، بل على كونه مخالفاً للكتاب ونحو ذلك، فصحة العقد المشتمل

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب المهور، ح ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٦.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب المهور، ح ٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤، ٥.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب المهور، ح ١.
(٦) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب المتعة، ح ٧.
(٧) كتاب المكاسب ٦: ١٠٠.

على الشرط موقوفة على صحته في حد نفسه، بمعنى عدم مخالفته للكتاب مثلاً، وصحته بهذا المعنى ليست موقوفة على صحة العقد.

نعم صحته الفعلية بعد هذه الصحة الشأنية موقوفة على صحة العقد، لكن صحة العقد ليست موقوفة [على] هذه الصحة، بل هي مستلزمة لها، فاختلف طرفا الدور؛ إذ أحد الطرفين الصحة الفعلية والآخر الصحة بمعنى عدم المخالفة.

ومما بيّنا ظهر ما في كلام فخر المحققين وجامع المقاصد والمهذب البارع في الجواب عن الدور المذكور؛ حيث التزم الأول والثالث بأنّ الشروط ليست شروطاً حقيقة، بل هي من صفات البيع، والثاني بأنّها شروط لتأثير العقد، لا لنفسه؛ حيث يظهر منهم أنّها لو كانت شروطاً لصحة البيع أو للعقد يبقى الدور بحاله، وقد عرفت أنّه ليس كذلك، فتدبّر وراجع كلماتهم المحكية في الجواهر[1].

٥٢٥ ـ قوله ﷺ: (والانصاف ...الخ)[2].

أقول: الانصاف عدم الاشكال في عدم المفسدية، لا من حيث القاعدة، ولا من حيث الأخبار، والعجب أنّ المصنّف بعد ما بيّن بأوضح وجه ذلك حكم بالاشكال في الغاية، فتدبّر.

٥٢٦ ـ قوله ﷺ: (ولكن يشكل بأنّ ...الخ)[3].

أقول: قد عرفت أنّ خيار تخلّف الشرط على طبق القاعدة، وهي جارية في الشرط الفاسد أيضاً، نعم لازم ما ذكرنا عدم الفرق بين العالم والجاهل، فيجري في العالم، وأيضاً لازمه عدم الخيار لو فرض اتيان المشروط عليه بما اشترط عليه إذا كان من الأفعال، كأنْ يشترط عليه شرب الخمر فشرب، أو أنْ يعمل العنب خمراً ففعل، ولا بأس بالتزامه، فثبوت الخيار إنّما يكون في شروط النتيجة الفاسدة ونحوها، وفي شروط الافعال إذا لم يأتِ بها، فتدبّر.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢١٤.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٠٠.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٠١.

❏ الثاني: لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد

٥٢٧ ـ قوله ﴿قدس سره﴾: (وبالجملة فهل يثمر ...الخ)[1].

أقول: هذا بيان لما ذكره من وجهي الاشكال، فانّ المراد من الصحة التي ذكرها أولاً هو الصحة المراعاة بالاسقاط، وهي عين الايقاف، ومن البطلان البطلان من الأول، فقول المصنّف ولا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف لا بـدّ وأنْ يكون المراد منه أنّه لا يعرف وجه صحيح له، وإلا فقد ذكر هو في أول العنوان وجهه بقوله (ويحتمل الصحة بناءً على أنّ التراضي ...الخ).

ويحتمل بعيداً أنّ المصنّف تخيّل أنّ الايقاف غير الصحة التي احتملها أولاً؛ ولذا قال (ولا يعرف ...الخ)، ولكن قد عرفت أنّه ليس إلا هي، فتدبّر.

❏ الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد

٥٢٨ ـ قوله ﴿قدس سره﴾: (مبنيان ...الخ)[2].

أقول: إذا كان التباني حال العقد على ذلك الشرط، ومع ذلك قلنا بعدم كفايته، وأنّه لا بدّ من الذكر في اللفظ تعبداً، فمقتضى القاعدة كونه مؤثراً في الافساد وإنْ لم يترتب عليه أثر إذا لم يكن فاسداً؛ وذلك لأنّ المدار في المفسدية على تقيد الرضا، وهو حاصل.

ودعوى أنّ غير المذكور لا يكون مقيداً كما ترىٰ؛ إذ المفروض التباني عليه؛ فهو بمنزلة المذكور، وإنْ لم نكتفِ به من جهة ما دلّ على اعتبار اللفظ، فليس حاله حال الدواعي والأغراض الخارجية التي لا دخل لها بالانشاء، نعم مع عدم التباني مقتضى القاعدة عدم تأثيره في الافساد؛ لعدم كونه مقيداً للرضا، وإنْ كان ذلك في لب قلبه؛ إذ لا اعتبار به، فانّه من قبيل الدواعي والاغراض.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٠٢.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٠٤.

ومما ذكرنا ظهر حال الشرط الصحيح في حد نفسه الذي فساده إنّما هو من جهة عدمه ذكره في متن العقد بناءً على فساده بذلك؛ فانّه أيضاً إذا كان مع التباني يكون مفسداً بناءً على القول بالافساد، فتدبّر.

٥٢٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ويظهر من المسالك** ...الخ)[١].

أقول: لازم بيان صاحب المسالك أنْ يفصّل في أصل المسألة أيضاً، بأنْ يقول إنّ الشرط الفاسد إنّما يكون مفسداً مع جهلهما بفساده، لا مع علمهما واقدامهما مع ذلك عليه، فتدبّر.

٥٣٠ ـ **قوله**ﷺ: **(قيل عليه: إنّ مخالفة** ...الخ)[٢].

أقول: حاصله أنّ مجرد القصد إلى البيع ثانياً يكفي في البطلان؛ لأنّ العقود تابعة للقصود، وبتقرير آخر أظهر أنّه إذا كان ذلك من قصده ولم يذكره في اللفظ لزم بطلانه؛ لأنّ العقد تابع للقصد، بمعنى أنّ مخالفة اللفظ للقصد يوجب البطلان.

٥٣١ ـ **قوله**ﷺ: **(وأجيب** ...الخ)[٣].

أقول: لا يخفىٰ ما في هذه العبارة من الاجمال وعدم الوفاء بالمراد، ولعل فيها سقطاً، وحاصل المراد على ما يظهر لي أنّ معنى قولهم العقود تابعة للقصود أنّ العقد الغير المقصود باطل كعقد النائم والساهي والهازل، وكذا إذا قصد غير ما يجب قصده من العناوين والأركان، كأنْ يقصد غير عنوان البيع في مقام البيع وهكذا، وليس معناه أنّ كل ما قصد من العقد يكون كذكره، حتى إذا قصد البيع الثاني كان كاشتراطه في العقد؛ حتى يكون مبطلاً.

وبعبارة أخرىٰ إذا كان المبطل للمعاملة اشتراط البيع ثانياً فليس قصده كافياً في البطلان،بل لا بدّ فيه من القصد واللفظ،كما أنّ الشرط الصحيح أيضاً لا بدّ من قصده والتلفّظ به، والمفروض أنّ اللفظ في المقام مفقود، فلا يكون مجرد القصد مبطلاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٠٤.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٠٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٠٥.

وبالجملة: معنى ذلك الكلام أنَّ القصد معتبر في صحة العقود، وعدمه موجب لبطلانها، لكن بالنسبة إلى العنوان والأركان، لا أنَّ كل ما يكون مبطلاً للعقد أيضاً يكفي قصده، فانَّه قد يكون المبطل مما يعتبر فيه القصد واللفظ.

ومعنى قوله (وكذلك الصحة) أنَّ في صحة الشرط أيضاً يعتبر القصد واللفظ، ولا يكفي القصد، فالشرط الصحيح فلا بدَّ فيه من القصد واللفظ، والشرط الفاسد أيضاً لا بدَّ في كونه مفسداً من القصد واللفظ، وليس مراده أنَّ صحة العقود أيضاً يتوقف على القصد واللفظ، ومن ذلك يظهر اندفاع ما أورده عليه في المسالك كما لا يخفىٰ، هذا.

وفي الجواهر (ولعل في عبارة المجيب سقطاً قبل قوله «لتوقف البطلان» وهو قوله «بخلاف المقام»)[١].

قلت: الظاهر أنَّ الساقط أزيد من ذلك؛ إذ مجرد قوله بخلاف المقام لا يخرجه عن الاجمال كما لا يخفىٰ.

٥٣٢ ـ قوله ﷺ: (وفيه منع ظاهر فانَّ ...الخ)[٢].

أقول: قد أشرنا إلى أنَّ قوله «وكذلك الصحة» معناه وكذلك في الشرط الصحيح يعتبر اللفظ والقصد، لا أنَّ الصحة في العقود يعتبر فيها القصد واللفظ، فلا يرد عليه هذا المنع، فتدبّر.

٥٣٣ ـ قوله ﷺ: (والذي ينبغي فهمه ...الخ)[٣].

أقول: يمكن أنْ يكون نظره في ذلك إلى تصحيح أصل المسألة من دون أنْ يكون ناظراً إلى جواب الاعتراض، وحاصل كلامه أنَّ البيع إنَّما يبطل إذا كان المشتري ملتزماً في نقله ثانياً إلى البائع، ومجرد القصد إلى ذلك مع وثوق البائع بأنَّه يرده إليه ليس التزاماً ومخرجاً له عن اختياره، فلا يكون مبطلاً، وهذا بخلاف

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٣١٦.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٠٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٠٥.

ما إذا اشترط ذلك في البيع فانَّه حينئذٍ يخرج عن الاختيار من جهة وجوب ذلك عليه.

ويمكن أنْ يكون نظره إلى دفع الاعتراض بحمله على ما بيّنا به كلام المجيب، وحاصله أنَّ المبطل إذا كان عنوان الالتزام فلا يكفي القصد المجرد؛ إذ لا بدَّ في صدق الالتزام من القصد واللفظ، ويحتمل بعيداً أنْ يكون تخيل أنَّ الاشكال في المقام إنَّما هو عدم القصد إلى البيع الأول إذا فرض اشتراط البيع الثاني فيه حسبما حكي عن الشهيد، فيكون حاصل الاعتراض أنَّ مجرد القصد إلى البيع الثاني أيضاً يستلزم عدم القصد إلى البيع الأول، ويكون حاصل الدفع على بيانه أنَّه إذا كان بعنوان الالتزام يوجب عدم القصد؛ لأنَّه معه يخرج في البيع الثاني عن الاختيار حينئذٍ، بخلاف القصد المجرد مع وثوق البائع بذلك منه، فانَّه لما لا يخرج عن الاختيار فيه لا يكون مضراً بقصد البيع الأول، فتدبّر.

٥٣٤ ـ **قوله** ﷺ: **(إذا أوقعا العقد ...الخ)**[1].

أقول: حاصله أنَّ الموجب لبطلان العقد إذا كان تقيد الرضا فلا فرق بين صورة العلم بالفساد وصورة اعتقاد الصحة؛ إذ التقيد حاصل على التقدير الأول أيضاً.

قلت: مع أنَّ لازمه كما أشرنا إليه آنفاً أنْ يفصِّل في أصل مسألة الشرط الفاسد بين العالم والجاهل، والظاهر عدم التزامه، فتأمل.

٥٣٥ ـ **قوله** ﷺ: **(نعم لو اتفق ايقاع ...الخ)**[2].

أقول: الظاهر أنَّ مراد صاحب المسالك هذه الصورة، فلا إيراد عليه، فتدبّر.

بقي أمور لا بأس بجعلها تتمة لمسألة الشرط نشير إليها إجمالاً:

أحدها: أنَّ المقبوض بالشرط الفاسد حكمه حكم المقبوض بالعقد الفاسد في الضمان وعدمه، مثلاً لو اشترط كون ماله الفلاني مبيعاً له فقبضه فكالمقبوض بالبيع الفاسد، ولو اشترط كونه موهوباً فقبضه فكذلك، ولا يلحقه حكم الهبة الغير

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٠٥.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٠٦.

المعوضة الفاسدة؛ لأنَّ المدار في كونه معوضاً وعدمه على العقد الواقع فيه، فلو كان الشرط في ضمن البيع فحكمه حكم البيع، وإنْ اشترط كونه هبة.

نعم لو كان الشرط في الهبة الغير المعوضة الفاسدة وكان الشرط على الواهب لحقه حكم الهبة المفروضة، ولو اشترط كونه مبيعاً بكذا في ضمن الهبة الغير المعوضة فحكمه حكم البيع الفاسد.

وبالجملة: المدار في كونه بعوض أو غيره على أحد الأمرين، من جعله مقابلاً بالمال بحسب الشرط، أو كونه في اللب جزءً لأحد العوضين في المعاوضات، أو عوضاً بنفسه لباً، كما لو اشترط كون ماله هبة على المتهب في الهبة الغير المعوضة، ولو اشترط عملاً مجهولاً فخاط له ثوباً وقلنا بفساده كان كالاجارة الفاسدة إذا كان الشرط في عقد المعاوضة، أو كان على المتهب في ما إذا كان في الهبة الغير المعوضة، ولو كان الشرط أنْ يبيعه شيئاً ـ وقلنا بفساده من جهة الجهالة ـ فباعه ثوباً فلا شيء؛ لعدم الأجرة لمثل هذا العمل، فتدبّر.

الثاني: لو اختلفا في اشتراط الشرط الفلاني الفاسد وعدمه فالقول قول المنكر للأصل، ولحمل فعل المسلم على الصحة بالنسبة إلى الشرط، بمعنى حمله على عدم اتيان الفاسد، وبالنسبة إلى العقد بناءً على كون الفاسد مفسداً.

ولو اختلفا في تعيين الشرط بعد اتفاقهما على أصله، فقال أحدهما اشترطنا كون المال الفلاني ملكاً لي فالشرط صحيح، وقال الآخر بل اشترطنا كونه هبةً أو مبيعاً لك فالشرط فاسد، فبالنسبة إلى أصل المعاملة يحكم بالصحة حملاً لفعل المسلم عليها بناءً على كون الفاسد مفسداً، وكذا بالنسبة إلى الشرط فيقدم قول مدعي الصحة.

ولو قال أحدهما اشترطنا شرب الخمر، وقال الآخر اشترطنا شرب الخل، أو قال أحدهما اشترطنا ملكية مقدار معين من الخمر، وقال الآخر اشترطنا ذلك المقدار من الخل، أو قال أحدهما اشترطنا طلاق المرأة، وقال الآخر اشترطنا أنْ تطلقها وهكذا، فبالنسبة إلى أصل العقد نقدِّم مدعي الصحة، أمّا بالنسبة إلى تعيين

الشرط فالظاهر أيضاً ذلك، فيلزم بشرب الخل أو باعطائه أو بالطلاق.

ولو قال أحدهما اشترطنا كون المال الفلاني مبيعاً بكذا، وقال الآخر اشترطنا أنْ تهبه لي مجاناً، ففي تقديم قول مدعي الصحة بالنسبة إلى الشرط بمعنى الزامه بالهبة مجاناً اشكال، والأقوى ذلك، فتدبّر وعليك بالتأمل في صور المسألة، وغرضي ليس إلا العنوان.

وحكم كلي المسألة أنّه إنْ قلنا إنَّ الشرط الفاسد غير مفسد فلا اشكال في أصل العقد، وإنْ قلنا بكونه مفسداً فبالنسبة إليه لا اشكال في تقديم مدعي الصحة، وأمّا بالنسبة إلى الشرط فانْ اتفقا على عنوان واختلفا في صحته وفساده، كما إذا اتفقا على اشتراط الأجل، واختلفا في تعيين مدته وعدمه، أو اتفقا على اشتراط ملكية مال معين واختلفا في كونه بعنوان الهبة المجانية أو بلا عنوان بناءً على فساد الأول، أو اتفقا على عنوان الملكية بعوض، واختلفا في كونه بعنوان المبيعية أو بلا عنوان ونحو ذلك، فالظاهر أيضاً تقديم مدعي الصحة.

وإنْ اختلفا بين متباينين، كما إذا قال أحدهما اشترطنا الملكية بلا عوض، وقال الأخر اشترطنا المبيعية بالعوض الفلاني، أو قال أحدهما اشترطنا الهبة بعنوان شرط النتيجة، وقال الآخر اشترطنا الهبة بمعنى شرط السبب ونحو ذلك، ففي تقديم مدعي الصحة والزام الآخر بمقتضاها اشكال، فتدبّر.

الثالث: قد مرت الاشارة إلى أنّه قد يكون الشرط في حد نفسه صحيحاً، ولكن يعتبر في صحة المعاملة عدمه، كاشتراط بيع المبيع ثانياً إذا قلنا بكونه مفسداً تعبداً حسبما بيّنه المصنّف، ومن هذا القبيل اشتراط فعل أو مال أو وصف في المعاملات الربوية، كالبيع والقرض ونحوهما، فانَّ نفس الشرط بما هو ليس مخالفاً للكتاب والسنة ولا فاسداً من جهة أخرىٰ، إلّا أنَّ نفس الاشتراط في المعاملة مبطل من حيث استلزامه للربا، فانَّ الربوا يجيء من قبل الشروط، وهذا العنوان باب وعليك تتبع سائر موارده.

الرابع: قد تبيّن أنَّ الشرط وإنْ كان جزءً لأحد العوضين في اللب إلا أنّه ليس

كذلك في الانشاء، فعلى هذا لا يجري فيه أحكام تلك المعاملة، فلو اشترط في البيع أنْ يكون درهم معين أو كلي من مال أحدهما للآخر في مقابل درهم لا يجب فيهما القبض في المجلس، وكذلك لو اشترط في السلف على المشتري شيئاً لا يجب فيه ذلك، ولو اشترط على البائع لا يلزم أنْ يكون مؤجلاً، وإنْ كان يجب أنْ يكون المثمن فيه مؤجلاً، وكذا إذا اشترط ملكية حيوان خاص أو كلي لا يجري فيه خيار الحيوان وهكذا.

نعم لو اشترط بعنوان شرط النتيجة عنواناً من العناوين التي يصح ذلك فيها يجري عليه حكمه، كما إذا اشترط الوكالة أو الرهانة أو الانعتاق أو كون عبده الفلاني حراً بعد وفاته، أو ماله الفلانى لزيد بعد وفاته يجري عليها حكم هذه العناوين إلا الجواز، فانَّ ما جاء من قبل الشرط لازم، فلا يصح عزل الوكيل، ولا الرجوع في التدبير والوصية حسبما عرفت سابقاً، فلا تغفل.

الخامس: ربما يتوهم: أنَّ الشروط الفاسدة في العقود الاذنية كالوكالة والمضاربة والعارية ونحوها توجب الفساد، وإنْ لم نقل بذلك في غيرها؛ وذلك لأنَّ الاذن يتقيد بذلك؛ فلا يجوز التصرف لعدم الاذن مع عدم الشرط.

وفيه: أنَّ ذلك كذلك إنْ رجع الشرط إلى تقييد العنوان، كما إذا قال «وكلتك في إجارة داري بشرط أنْ تؤجرها ممن يبيع فيها الخمر، أو في بيع داري بشرط أنْ تبيعها بالخمر» أو نحو ذلك.

وأمَّا إذا لم يرجع إلى ذلك، كما إذا قال «وكلتك في بيع داري بشرط أنْ تشرب الخمر» ونحو ذلك، فحكمه حكم سائر الموارد.

والحاصل: أنَّ كل شرط يكون على فرض صحته تقييداً يكون فاسده أيضاً كذلك، وكل شرط يكون التزاماً في التزام يكون فاسده كذلك، وفي الحقيقة القسم الأول خارج عن الشرط المبحوث عنه في المقام، فتدبّر.

أَحْكَامُ الخِيَارِ

أحكام الخيار

٥٣٦ ـ قوله ﴿ﷺ﴾: (بلا خلاف بين الاصحاب ...الخ)[١].

أقول: يعني في الجملة، وإلا ففيما لو كان الخيار لأجنبي سيأتي الخلاف والاشكال في انتقاله إلى وارثه، وكذا يمكن الاشكال فيما لو كان خيار المجلس للوكيل، بل هو مندرج أيضاً فيما سيأتي، فانّ كون الخيار لأجنبي أعم من أنْ يكون بنحو الشرط بنحو الوكالة في العقد، وأيضاً عن العلامة في القواعد[٢] احتمال سقوط خيار المجلس بالموت؛ ولألوية مفارقة الدنيا من مفارقة المجلس، وإنْ كان فيه ما فيه، وعن المسالك[٣] أيضاً احتمال سقوطه فيما لو كان الوارث غائباً عن المجلس؛ حيث ذكر فيه وجوهاً ثلاثة، السقوط، والثبوت حين بلوغ الخبر فورياً، والثبوت ممتداً بامتداد مجلس الخبر، لكنه اختار الثبوت ما دام بقاء مجلس الميت والآخر.

ثم لا يخفى أنّه يعتبر في خيار الوارث بقاء زمان الخيار، فلا خيار له بعد انقضاء مجلس العقد، ولا بعد انقضاء الثلاثة في خيار الحيوان، ولا بعد انقضاء المدة في خيار الشرط وإنْ كان الموت في زمان الخيار، فلو كان جاهلاً بموت المورث إلى أنْ انقضت المدة لا يكون ذلك عذراً له على الأقوى، نعم جهله عذر فيما لو كان الميت جاهلاً كان معذوراً، كما في خيار الغبن قبل الاطلاع عليه أو بعده، وتخيّل عدم فوريته بناءً على كونه عذراً، فانّ الظاهر أنّ الوارث أيضاً لو كان جاهلاً بانتقال

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٠٩.
(٢) القواعد ١: ١٤٢.
(٣) مسالك الافهام ٢: ٢١٤.

الخيار إليه يكون معذوراً لوجود المناط فيه، وهو قاعدة الضرر، فتدبّر.

ومما ذكرنا ظهر أنّه لا وجه للاحتمال الذي نقلنا عن المسالك من امتداد خيار الوارث بامتداد مجلس الخبر، وكذا احتمال بقائه إلى حين وصول الخبر، وسبقه إلى هذين الاحتمالين العلامة في القواعد، حيث قال (إنْ كان الوارث حاضراً في المجلس امتد الخيار ما دام الميت والآخر في المجلس، وإنْ كان غائباً امتد إلى أنْ يصل إليه الخبر إنْ أسقطنا اعتبار الميت، وهل يمتد بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر نظر)[1] انتهى.

بل ظاهره اختيار الاحتمال الأول في كلامه، وقد عرفت فساده، وأفسدية الآخر، مع أنّه إذا أسقطنا إعتبار الميت فمقتضى القاعدة سقوط الخيار لا ثبوته للوارث على أحد الاحتمالين، فتدبّر.

وما أبعد ما بين احتمال السقوط من الأصل، وما في الجواهر من اختيار بقائه للوارث أبداً؛ من جهة أنَّ المسقط هو التفرق الاختياري، ولا يمكن ذلك إذا مات أحد المتعاقدين في المجلس، والتحقيق ما ذكر من ثبوته للوارث ما دام بقاء مجلس الميت والاخر، وسقوطه بالافتراق وإنْ كان جاهلاً بالانتقال إليه، فتدبّر.

٥٣٧ ـ قوله ﴿ره﴾: (كالشفقه والقصاص ...الخ)[2].

أقول: المشهور على كون حق الشفقة موروثاً، وأنّه يرثه جميع الوارث حتى الزوجة، وظاهرهم أنّها ترث حتى في العقار الذي هي محرومة عنه، ويمكن حمل كلامهم على غيره، وكيف كان خالف في أصل الحكم جماعة على ما حكي[3] عنهم كالشيخ في الخلاف والنهاية والمهذب والوسيلة والطبرسي حيث قالوا إنّه لا يورث، بل عن الاردبيلي أيضاً الميل إليه، وعن المبسوط نسبته إلى الأكثر لرواية محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنّه قال: (لا

---

(١) القواعد ١: ١٤٢.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٠٩.

(٣) حكاه عنهم الجواهر ٣٧: ٣٩٢.

شفعة إلا لشريك غير مقاسم، وقال: إنّ رسول ﷺ قال: لا يشفع في الحدود، وقال: لا تورث الشفعة)(١).

لكن الرواية مع ضعفها معرض عنها، والاسناد إلى الأكثر في غير محله، والأقوى المشهور.

وأمّا حق القصاص فلا اشكال ولا خلاف في أنّه يورث، لكن لا يرثه الزوج والزوجة بالاجماع والنصوص، وإنْ كان لو صولح بالدية يرثانها، وفي إرث المتقرب بالأم منه خلاف، وكذا في إرث النساء المتقربات بالأب، فراجع.

٥٣٨ ـ قوله ﷺ: (الظاهر القرآن ...الخ)(٢).

أقول: كقوله تعالى ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعضٍ﴾ بل مطلق آيات الارث.

٥٣٩ ـ قوله ﷺ: (معللاً بأنّه رضا ...الخ)(٣).

أقول: فانّ ظاهر الاناطة بالرضا كونه حقاً، وإلا فالحكم لا يدور مداره، مع أنّه ظاهر في كون الرضا مسقطاً، والحكم لا يسقط به، ودعوى احتمال كونه غاية للحكم لا مسقطاً فلا دلالة فيه على كونه حقاً كما ترىٰ.

٥٤٠ ـ قوله ﷺ: (مستغنى عنه ...الخ)(٤).

أقول: الانصاف أنّه ليس كذلك؛ إذ تعدد الدليل من حيث هو مطلوب؛ لأنّه مؤيد للمطلب، مضافاً إلى أنّ هذا الوجه أتم فائدة من التمسك بالاجماع على أصل الحكم؛ إذ هو دليل لبي لا ينفع في موارد الشك، وأمّا لو أثبتنا بهذا الاجماع كونه من الحقوق، وتمسكنا بعده بالعمومات فهي نافعة للموارد المشكوكة أيضاً، وهذا واضح.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الشفعة، ح ١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٠٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١١٠.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١١٠.

٥٤١ ـ **قوله**ﷺ: (**بغير الاجماع أيضاً مشكل** ...الخ)[1].

أقول: إلّا أنّ الاجماع على كونه قابلاً للانتقال موجود، مع أنّ الظاهر أنّ الميت مورد للحق، لا مقوِّم له، بمعنى أنّ المستفاد من ظواهر أدلة الخيارات ذلك، فيمكن التمسك بها أيضاً، فتدبّر.

نعم هذا لا يتم في خيار الشرط إذا فرض اشتراط الخيار لأحدهما أو لثالث على وجه التقويم، بأنْ علم كون ذلك من قصدهما، بأنْ يقول بشرط أنْ يكون لك الخيار بما أنت أنت، فيكون كما لو قال بشرط أنْ يكون لك الخيار على أنْ يكون الفسخ بلسانك، فانّه لا إشكال في أنّه لا يقبل الارث، والظاهر أنّ الاجماع أيضاً غير متحقق في الصورة التي فرضنا، فالأقوى فيها عدم الارث، فتدبّر.

٥٤٢ ـ **قوله**ﷺ: (**لأنّ الحق لا يتقوم** ...الخ)[2].

أقول: يمكن أنْ يقال الأصل بقاء حق الخيار للميت بعد موته فينوب عنه وارثه في الاستيفاء، فالموضوع باقٍ، وهو الميت فتأمل، فانّ المفروض أنّه يزول حقه بالموت كملكه لا ملاكه، فتدبّر.

ثم لا يخفىٰ أنّ الأولى أنْ يقول: لأنّ المستحق قد يكون مقوِّماً للحق، فمع الشك الموضوع غير محرز فلا يمكن الاستصحاب، وجه الأولوية أنّ لازم بيان المصنّف العلم بالتقويم في جميع الحقوق، ومعه كيف يمكن أنْ يورث؛ إذ لازمه اليقين بسقوطه بالموت، وليس كذلك؛ إذ في الحقوق القابلة للانتقال نقول إنّ المستحق مورد لا مقوِّم، فيبقى الحق مع موته.

ثم إنّه يشترط في الارث ـ مضافاً إلى الأمرين ـ عدم كون مالكية المستحق لذلك الحق من حيث اتصافه بعنوان مفقود في الوارث، كما إذا كان المستحق عنوان أعلم البلد أو نحو ذلك، فانّ مثل هذا الحق ينتقل بعد موته إلى فرد آخر من ذلك العنوان، لا الوارث الغير المتصف به.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١٠.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١١.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ هذا أيضاً راجع إلى التقويم، لكنه ليس كذلك؛ إذ مقتضى التقويم أنْ يسقط الحق بموت المستحق، وفي المفروض لا يسقط، بل ينتقل إلى فرد آخر، فتدبّر.

واعلم أنَّه قد يكون الحق متعلِّقاً بالمال على وجه يكون منتقلاً إلى الوارث بانتقاله من غير حاجة إلى اجراء أدلة الارث فيه نفسه، بحيث لو أغمضنا عن شمولها للحق كفى شمولها للمال الذي تعلق به ذلك الحق؛ وذلك كما في حق تملك الصيد في الشبكة المنصوبة، فانَّه لو مات المالك قبل وقوع الصيد وانتقلت الشبكة إلى الوارث يمكن أنْ يقال إنَّه يملك الصيد وإنْ لم ينتقل إليه حق النصب، وكما في الرهانة فانَّه يمكن أنْ يقال إنَّه متعلق بالدين على الوجه المذكور، فلو انتقل الدين إلى الوارث يكون له حق الرهانة؛ لأنَّ الموروث حينئذٍ الدين الموثوق بالرهن، فلو أغمضنا عن ارث الحق كفى ذلك في استحقاق الوارث لذلك الدين للرهانة، وكما في حق الحريم فانَّه أيضاً تابع للدار ينتقل بانتقالها، أو كما في حق الاجارة بناءً على جعلها من باب الحق فانَّ للوارث إجازة العقد الواقع على ذلك المال وإنْ لم نقل بارثه للحق، وهذه الموارد وإنْ كان كلها محل المناقشة في كونها مثالاً للمطلب، إلّا أنَّ أصل المطلب حق، ولعل المتتبع يعثر على مثال لا يكون محل المناقشة، والظاهر أنَّ حق عزاء الميت المتعلق باعيان التركة من هذا القبيل، فتدبّر.

ثم اعلم أنَّ مقتضى العمومات المتقدمة موروثية كل ما ثبت كونه حقاً وقابلاً للانتقال، وغير دائر مدار عنوان خاص كما في حق الرهانة وحق القذف وحق القصاص وحق التحجير وحق الالتقاط وحق الشفعة، وحق الخيار في المفلس إذا كان المبيع قائماً بعينه، وحق التملك في نصب الشبكة، وحق السبق في وجه، وحق الشرط كما إذا اشترط الخياطة على المشتري فمات المشروط له قبل أنْ يعمل بالشرط.

ولا ينافي ذلك ما ذكروه في باب الرهن من أنَّه لو اشترط وكالة المرتهن في بيع

الرهن لا ينتقل إلى الوارث، بمعنى أنّه لا يكون وكيلاً؛ وذلك لأنَّ الشرط وكالة المرتهن، أو أنْ يوكله لا الوارث، ومعنى الانتقال حق الشرط إلى الوارث أنّه يملك على الراهن وكالة مورثه أو توكيله، فيكون الموت موجباً لتعذّر العمل بالشرط فيلحقه حكمه، وليس معنى حق الشرط أنْ يكون الوارث وكيلاً أو مستحقاً لأنّ يوكله، وكذا لو اشترط في البيع أنْ يبيع المشتري داره من البائع مثلاً فمات البائع، لا يلزم أنْ يبيعها من الوارث، بل يلحقه حكم تعذّر الشرط، مع احتمال ذلك أيضاً، وعليك بالتتبع والتأمل، وغرضي ليس إلا الاشارة، هذا.

وأمّا ما ثبت كونه حكماً أو حقاً غير قابل للانتقال أو شك فيهما فلا يورث، ومن المشكوك كونه حقاً أو حكماً حق النذر، فيما لو نذر أنْ يعطي زيداً درهماً فمات المنذور له، والظاهر كونه حكماً فلا يجب أنْ يعطيه لوارثه، والظاهر أنَّ الاجازة في الفضولي أيضاً من قبيل الحكم فلا تورث، وإنّما يجوز للوارث أنْ يجيز لما ذكرنا من تبعيتها للمال المنتقل إليه.

وكذا القبول في العقود الظاهر أنّه ليس حقاً، فلو مات المشتري بعد ايجاب البائع وقبل قبوله لا يرثه وارثه، ومقتضى هذا أنْ لا يورث حق القبول في الوصية، إلّا أنَّ المشهور على أنّه إذا مات الموصى له قبل القبول ينوب عنه وارثه، لكنه من جهة النصوص الخاصة الناصة، وإنْ علله في الجواهر[1] ـ مضافاً إليها ـ بأنَّ حق القبول يورث كحق الخيار والشفعة، لكنه كما ترىٰ، فتدبّر وراجع.

٥٤٣ ـ **قوله** ﷺ: **(لم يمنع انتقال الخيار ...الخ)**[2].

أقول: إذا قلنا بعدم انتقال التركة إلى الوارث مع الدين مطلقاً، أو في صورة الاستغراق، فيجري فيه الاشكال الآتي في الزوجة بالنسبة إلى العقار، فلا وجه لارسال المصنّف له ارسال المسلم.

ودعوى: الفرق بين المقامين؛ حيث إنَّ الزوجة محرومة مطلقاً، بخلاف الوارث

---

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٢٦٢.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١١.

مع الدين فانَّ له علقة بالتركة وإنْ لم يكن مالكاً لها؛ إذ يجوز له بالاجماع ان يؤدي الدين من موضع آخر، ويتصرف في التركة، وكذا يجوز له أنْ يضمنه باذن الديان ويتصرف فيها، بخلاف الزوجة فانّها ممنوعة فعلاً وشأناً.

مدفوعة: بأنَّ هذا الفرق غير فارق بعد عدم كونه مالكاً فعلاً، وقبل أنْ يؤدي أو يضمن، نعم الظاهر عدم الاشكال في الارث بعد ارتفاع المانع، وهو الدين، أمّا بالابراء أو بأداء المتبرع أو الوارث، هذا.

مع أنّه يمكن أنْ يدعى عدم الارث في المقام وإنْ قلنا به في الزوجة؛ من حيث، إنَّ ما دلَّ على ممنوعيته من الارث لأصل التركة، وهو قوله تعالى ﴿ من بعد وصيه يوصي بها أو دين ﴾[1] وغيره من الاخبار يدل باطلاقه أو فحواه على عدم الارث للحق المتعلق بها أيضاً، فانّها مزاحم للدين، خصوصاً مثل قوله ﷺ ـ في حسنة محمد بن قيس ـ (إنَّ الدين قبل الوصية، ثم الوصية على إثر الدين، ثم الميراث بعد الوصية، فانَّ أول القضاء كتاب الله تعالى)[2].

ومن هذا يمكن أنْ يقال: بعدم ارث الخيار أو عدم امكان العمل على طبقه ولو قلنا بانتقال التركة إليه؛ إذ على هذا القول أيضاً لا اشكال في كونه ممنوعاً من التصرف، والعمل بمقتضى الخيار من الفسخ تصرف قد يكون مزاحماً لحق الغرماء، فتدبّر.

ومما ذكرنا يظهر حال إرث حق الرهانة إذا مات المرتهن وكان عليه دين مستغرق أو مطلقاً، فانَّ الدين لا ينتقل إلى الوارث؛ فلا يرث حق الرهانة المتعلقة به، فلا يجوز له اسقاط ذلك الحق؛ لأنّه مستلزم لتفويت حق الغرماء، بل على القول بالانتقال أيضاً يمكن المنع لهذا الوجه كما عرفت.

لكن الأولى فيه وفي حق الخيار القول بالمنع من العمل على مقتضاها بناءً على القول بالانتقال، إذ المانع حينئذٍ إنّما يمنع عن ذلك؛ لا عن أصل الارث، فحال

---

(١) النساء، الاية ١١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٨ من ابواب احكام الوصايا، ح ٢.

الحق حال نفس المال، فتدبّر.

هذا، وأمّا في حق الشفعة فالظاهر عدم الاشكال في عدم الارث؛ لأنّه يعتبر في الأخذ بها كون الآخذ شريكاً في، المفروض[1] عدم ذلك مع وجود الدين بناء على القول بعدم الانتقال؛ ولذا لا يجوز على الظاهر ـ وإنْ لم أجد من صرّح به ـ أنْ ينقل حق الشفعة إلى غيره بصلح ونحوه؛ إذا لم يكن ذلك الغير شريكاً في متعلقها، وأمّا إذا نقله إلى أحد الشركاء فلا مانع منه، فيجوز له أنْ يصالح أحدهم بمقدار حقه فيما إذا كانوا أزيد من واحد، وقلنا بجريان الشفعة في أزيد من شريكين، أو كانوا وراثاً.

والحاصل: أنّ الظاهر أنّه يعتبر في الأخذ بالشفعة كون الآخذ شريكاً، والوارث مع الدين ليس كذلك بناءً على القول المذكور، والمفروض أنّه يأخذ لنفسه، لا للميت حتى يقال إنّه كان شريكاً.

نعم، على القول بالانتقال يجيء الاشكال، كما أنّه لو فرض كونه شريكاً سابقاً من غير جهة الارث بناءً على جريانه في أزيد من الشريكين يمكن أنْ يقال بجواز ارثه للحق وإنْ لم ينتقل إليه التركة، لكن مع هذا الفرض لا حاجة إلى ارث الحق؛ لأنّه بنفسه شريك.

إلّا أنْ يقال: له حينئذٍ أنْ يأخذ التمام، لا مقدار حصته فقط.

وفيه: أنّه قد تبيّن في محله أنّه يجوز لكل واحد من الشركاء أنْ يأخذ بالتمام، غاية الأمر أنّ الشريك الآخر له أنْ يحاصه على قدر حصته إذا لم يكن له مانع، وفي المقام حيث إنّ الشريك هو الميت، وهو لا يقدر على الأخذ، والديّان ليس لهم ذلك؛ لأنّهم ليسوا مالكين للمال، ولا بوارث عن الميت، فللوارث الشريك سابقاً أنْ يأخذ بالتمام وإنْ لم يرث حق الميت، نعم يحتمل أنْ يقال يجوز للديّان أنْ يأخذوا بها للميت، لكنه كما ترى.

وكيف كان فقد ظهر أنّه ليس حال الوارث مع الدين في مسألة الشفعة كحاله

---

(١) هكذا في الاصل، والعبارة غير مستقيمة.

مع الدين في مسألة ارث الخيار، والفارق ما عرفت من كون الوارث آخذاً لنفسه، لا للميت، ولذا يعطي الثمن من كيسه، لا من مال الميت، وأنّه يشترط كون الآخذ شريكاً، ولا شركة مع عدم انتقال التركة، ولعله لما ذكرنا قال في الجواهر في باب الشفعة (ولو مات مفلس وله شقص، فباع شريكه كان لوارثه الشفعة بناءً على المختار من انتقال التركة للوارث، وإنْ استغرقها الدين، أمّا على القول ببقائها على حكم مال الميت ففي ثبوت الشفعة اشكال، وعلى تقديره ففي الأخذ بها له اشكال)[1] انتهى.

لكن كان الأولى أنْ يجزم بالعدم، لا أنْ يستشكل.

ثم لا يخفىٰ أنّه لو ارتفع المال، بأنْ حصل الابراء أو أدى الدين متبرع أو الوارث فحاله في ذلك حال الخيار، فيجوز له الأخذ بها حينئذٍ، ولا يضر عدم انتقال الحق إليه حين الموت، ولا يعد تملّكه للمال تملّكاً جديداً؛ لأنّه يتملّك عن الميت الذي كان شريكاً حين البيع.

إلّا أنْ يقال: إذا كان هناك مانع من الارث يبطل الحق ويسقط، ولا يبقى حتى يرثه الوارث بعد زوال المانع، لكنه كما ترىٰ.

نعم لو بيع شقص الميت في الدين في صورة عدم الاستغراق، وبقي منه مقدار للوارث ليس له الأخذ بالشفعة بناءً على منع مطلق الدين من انتقال التركة؛ إذ الشركة حينئذٍ تحدث بعد البيع والوفاء، وأمّا على القول بعدم المنع إلا في مقدار الدين فله الأخذ بالشفعة؛ لأنّه حينئذٍ شريك حال البيع، كما أنّه لو كان شريكاً من غير جهة الارث فانّه له ذلك، كما هو واضح.

٥٤٤ ـ قوله ﷺ: (بل أقوال ثالثها ...الخ)[2].

أقول: عد عدم الارث مطلقاً من الأقوال، إنّما هو بحسب ظاهر كلمات بعضهم فلا ينافي قوله بعد ذلك (ولم أجد من جزم بعدم الارث مطلقاً)، ويمكن أنْ ضمير

---

(١) جواهر الكلام ٣٧: ٣٩٧.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١١.

قوله «ثالثها» راجع إلى الوجوه، فيكون الوجوه أربعة، وإنْ كانت الاقوال ثلاثة، فتدبّر.

هذا، وقال في المستند ـ بعد عنوان المسألة ـ (وإذا عرفت أنّ الخيار إنّما هو للجميع دون كل واحد تعلم دخولها ـ يعني الزوجة ـ في أهل الخيار إذا لم يثبت من أدلة الانتقال إلا الانتقال إلى الجميع الذين منهم الزوجة، فلم يعلم الانتقال إلى من سواها خاصة، نعم لو انحصر الوارث فيها فالحق على ما ذكرنا من انحصار الدليل بالاجماع عدم انتقال الخيار إليها، وأمّا على الاستدلال بالظواهر يجب الحكم بالثبوت؛ لعدم مخرج لارث الزوجة من الخيار)[1] انتهى.

ويظهر منه تفصيل آخر، وهو الفرق بين انحصار الوارث فيها فلا ترث، وبين صورة عدم الانحصار فترث، بمعنى أنّ الفسخ منوط برضاها أيضاً، هذا.

ولكن كيف يمكن انحصار الوارث فيها؛ إذ مع فرض عدم وجود أحد يكون الامام عليه السلام وارثاً معها.

إلّا أنّ يقال حينئذٍ لا يمكن فسخها لعدم امكان استعلام رضا الامام عليه السلام، والمفروض أنّ مختاره كون الخيار للجميع، بمعنى وجوب اتفاقهم على الفسخ والامضاء، فيكون تفصيله في محله.

لكن فيه: أنّه على هذا لا يتفاوت الحال بين كون مدرك الخيار الاجماع كما هو مختاره، أو سائر الأدلة اللفظية من العمومات المتقدمة؛ إذ المانع حينئذٍ أيضاً موجود، وهو عدم امكان استعلام رضا الامام عليه السلام بالفسخ الامضاء، فلا بدّ من القول بالعدم على هذا التقدير أيضاً، مع أنّه قال (وأمّا على الاستدلال بالظواهر ...الخ).

ثم لا يخفىٰ ما في هذا التفصيل من الفساد وعدم الوجه مع قطع النظر عما ذكرنا من الاشكال في تصويره، فتدبّر.

ثم إنّ تحقيق الحال في المقام يقتضي أنْ يتكلم في جهات:

إحداها: هل حقيقة الخيار الذي هو سلطنة على العقد السلطنة عليه من حيث

---

(١) مستند الشيعة ١٤: ٤١٥.

التسلّط على استرداد ما انتقل عنه؛ فيتبعه رد ما انتقل عليه، أو التسلّط على رد ما انتقل إليه فيتبعه الاسترداد التسلط على الأمرين في عرض واحد، أو لا يعتبر فيه شيء من ذلك، بل هو التسلط على نفس الحل، ولازمه الرد والاسترداد، الظاهر الأخير، وإنْ ضايقت وقلت ليس الحل أمراً وراء الرد والاسترداد؛ حتى يكون من لوازمه، بل هو نفس هذين الأمرين فيتعين الوجه الثالث.

ومن هذا تعرف أنّه لا وجه للفرق بين كون ما يحرم عنه الزوجة منتقلاً عن الميت أو إليه، نعم على الوجهين الأولين يمكن الفرق مع الاغماض عما سيأتي، بمعنى أنّ لازم الأول اثبات الخيار في الثاني، ولازم الثاني العكس.

الثانية: هل يعتبر في حقيقة الخيار كون صاحبه مسلّطاً على التصرف في أحد العوضين أو كليهما زائداً على ما هو راجع إلى حقيقته من التسلّط على الرد والاسترداد من حيث إنّه حل وفسخ للعقد أو لا ؟

التحقيق: عدم اعتباره، كيف؟ والأجنبي الذي يجعل له الخيار ليس مسلّطاً على العوضين، بل إنّما هو مسلّط على مجرد الرد والاسترداد إلى المالكين، وهذا المقدار من لوازم الحل والفسخ، وكذا الوكيلان في مجرد اجراء الصيغة لهما خيار المجلس، أو يمكن تعقّل ذلك فيهما، مع عدم تسلطهما على العوضين من غير هذه الجهة، ولعمري إنّ هذا من الوضوح بمكان.

والحاصل: أنّ حقيقة الخيار ليس إلا السلطنة على حل العقد وجعله كأنْ لم يكن حتى يرجع كل من العوضين إلى مالكه الأول، ولازم هذا البيان عدم المانع من ارث الخيار بالنسبة إلى من لا يكون وارثاً لمتعلق العقد، كما في الدين المستغرق بناءً على عدم الانتقال، وكما في الزوجة بالنسبة إلى العقار، فانّه إنّما يرث نفس الخيار الذي هو عبارة عما ذكرنا، سواء كان العوض راجعاً إليه أو إلى غيره، نعم دعوى الانصراف في أدلة الخيار مطلب آخر.

الثالثة: هل معنى ارث الخيار ـ الذي كان للميت ـ تملّك الوارث، كأنْ يسترد أحد العوضين ويرد الآخر إلى الميت؛ لأنّه إنّما ورث ما كان للميت، والذي كان له

هو ذلك، فيحكم بعد فسخ الوارث بانتقال المال إلى الميت وعنه، ثم يرثه الوارث، أو معناه تملّك الرد الاسترداد إلى نفسه من حيث إنّه يكون خليفة عن الميت في كون العقد الواقع على المال واقعاً على ماله، وكونه مثله في الاسترداد إلى نفسه، فكما أنّ الميت كان يسترد إلى نفسه ويرد عن نفسه كذلك الوارث، وذلك كما في إرث حق الشفعة، فانّ الوارث كالميت له أنْ يتملّك المبيع لنفسه، ويعطي الثمن من كيسه، لا أنّه يملّك الميت بثمن من مال الميت، ثم يرثه، وهذه الجهة هي التي تعرّض لها المصنّف في الفرع الآتى في آخر المسألة الآتية.

ولازم الوجه الأول امكان إرث الزوجة للخيار وإنْ كانت محرومة من المال؛ لأنّها إنّما تملك الميت وتزيل ملكه بالفسخ، وهذا لا مانع منه، وأمّا على الوجه الثاني فلا يعقل ارثها؛ لأنّه لا يمكنها الرد والاسترداد إلى نفسها، كما كان للميت، ومن هذا تعرف أنّ هذه المسألة أيضاً مبنية على ما يذكره المصنّف في الفرع الآتي.

والتحقيق: أنّه لا يعتبر في الارث شيء من ذلك، بل معناه تملّك الوارث لما كان للميت، وما كان له لم يكن إلا نفس الرد والاسترداد إلى المالكين، وكون المال خارجاً عن كيسه أو داخلاً فيه لم يكن داخلاً في حقيقة حقه، بل إنّما كان مورداً لذلك؛ فعلى هذا لا مانع من أنْ يرث الخيار من لم يكن مالكاً للمال، فيكون مسلّطاً على حل العقد، والعوضان يرجعان إلى مالكهما الفعلي لا السابق؛ لأنّ الفسخ إنّما يؤثر من حينه، وهذا الذي اخترناه وإنْ كان موافقاً للوجه الثاني في كون المال خارجاً من كيس الوارث وداخلاً فيه، إلا أنّه يخالفه فيما عرفت من جواز ارث الزوجة عليه، بخلافه على الوجه الثاني، وسيأتي تتمة فيما سيأتي[1] إنْ شاء الله تعالى.

وحاصل المختار في الجهات الثلاث: أنّ حقيقة الخيار السلطنة على حل العقد، ولازمه رد العوضين إلى مالكهما الفعلي حين الفسخ، ولا يعتبر فيه التسلّط على التصرف فيها أزيد من هذا المقدار الذي هو داخل في حقيقته، ومعنى إرثه

---

(١) تعليقة ٥٦٠، ٥٦١.

أيضاً ليس إلا إرث هذا المقدار، وأمّا كون المال منتقلاً إلى فلان أو عنه فلما لم يكن داخلاً في حقيقته فلا يعتبر في الارث أيضاً.

فظهر من ذلك أنّ الحق إرثها من الخيار مطلقاً، وإنْ كان العوضان كلاهما من العقار؛ لما عرفت من عدم المانع من شمول الأدلة، ودعوى الانصراف كما ترىٰ.

وظهر أيضاً ما في بيانات المصنّف، وظهر أيضاً أنّها لا ترث حق الشفعة إلا إذا كانت شريكة في العين مع قطع النظر عن الارث؛ لما عرفت من أنّ معنى حق الشفعة سلطنة الشريك على أخذ الشقص لنفسه، وإذا لم تكن شريكة لا يمكن لها ذلك كما عرفت في الدين المستغرق، فتدبّر . هكذا ينبغي تحقيق المقام كما لا يخفىٰ على أولي الافهام.

٥٤٥ ـ قوله: (عبارة والده ...الخ)[١].

أقول: وهي ما ينقله المصنّف بعد ذلك بقوله (قال في القواعد ...الخ).

٥٤٦ ـ قوله: (عدم الجواز في تلك الصورة ...الخ)[٢].

أقول: يعني عدم الجواز فيما انتقل إلى الميت الاشكال فيما انتقل عنه؛ وذلك لأنّه ينقل عنه بعد ذلك أنّه قال (والأقرب من هذا الاشكال عدم إرثها ...إلى أنْ قال وأمّا إذا باع أرضاً بخيار فالاشكال حينئذٍ بحاله)[٣].

هذا وإنْ كان شرحاً لعبارة العلامة، إلّا أنّ ظاهره اختياره، مع أنّه قال أيضاً في آخر كلامه (والحق أنّ إرثها من الخيار في الأرض المشتراة مستبعد جداً، ولم يحكم في الصورة الأخرى بشيء، فهي باقية عنده على الاشكال.

٥٤٧ ـ قوله: (وبعبارة أُخرىٰ الخيار علاقة ...الخ)[٤].

أقول: إنْ أراد السلطنة أزيد مما هو داخل في حقيقة الخيار فاعتباره ممنوع، وإنْ

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١١.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١١.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٦.

(٤) كتاب المكاسب ٦: ١١٢.

أراد هذا المقدار فدعوى عدم تحققه مصادرة لا يخفى.

٥٤٨ ـ قوله ﴿ره﴾: (أو من هو منصوب من قبله ...الخ)[١].

أقول: لا فرق بين نصب المتعاقدين أو الشارع، فنقول إنّ مقتضى العمومات كون الزوجة منصوبة أيضاً، فلا تغفل.

٥٤٩ ـ قوله ﴿ره﴾: (فهي أيضاً مالكة لتملك ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفى ما فيه؛ فانّ مجرد التزلزل لا يوجب ذلك، نعم لازمه التملك إذا فسخ من له الفسخ، وكونها ممن له ذلك أول الدعوى، إلا ترى أنّه لو صالح الميت ماله لغيره، وجعل الخيار لذلك الغير يكون ذلك المال متزلزلاً في معرض الانتقال إلى الوارث إذا فسخ المصالح له، لكنه ليس للوارث ذلك، وليس له مالكية التملك إلا بعد فسخ المصالح له، وهذا واضحٌ جداً.

٥٥٠ ـ قوله ﴿ره﴾: (ثبوت حق للزوجة ...الخ)[٣].

أقول: قد عرفت ما فيه آنفاً[٤]، فلا تغفل.

٥٥١ ـ قوله ﴿ره﴾: (والفرق بين ما نحن فيه ...الخ)[٥].

أقول: حاصله أنّ التزلزل في مسألة الوكيل منوط بكونه ذا خيار، وهو أول الكلام، بخلاف التزلزل في المقام فانّه ثابت مع قطع النظر عن خيار الزوجة؛ لمكان خيار باقي الورثة، هذا، ولكن عرفت أنّ التزلزل بمجرده لا يثمر شيئاً.

ثم أقول: يمكن منع مشاركة الزوجة للورثة في الثمن؛ إذ هي مبنية على كون الفسخ موجباً لانتقال المال إلى الميت أولاً، ثم إلى الوارث، وهذا خلاف مختار المصنّف فيما سيأتي، بل هو خلاف التحقيق الذي عرفت؛ فانّ مقتضى الفسخ

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١٢.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١٣.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١١٤.
(٤) تعليقة ٥٤٤.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١١٤.

رجوع كل من العوضين إلى الأخر المالك للآخر فعلاً، والمفروض أنّ الأرض المشتراة ملك لسائر الورثة، فيرجع الثمن إليهم ابتداءً بعد كونهم خليفة عن الميت في كون الأرض لهم، وكون العقد الواقع عليها كأنّه واقع على مالهم.

وتوضيح الحال في هذه المسألة أنْ يقال: أمّا بناء على كون الفسخ موجباً للدخول والخروج في ملك الميت وعنه، ففي صورة كون الارض منتقلة إلى الميت مقتضى القاعدة أنْ ترث المرأة بعد الفسخ لحصتها من الثمن، سواء قلنا بفسخ كل واحد من الورثة في الكل، أو في مقدار حصته؛ إذ المفروض أنّ تمام الأرض حصة لباقي الورثة، فاذا فسخوا يصير الثمن ملكاً للميت، فينتقل إلى الجميع حتى الزوجة، وكذا إذا كان الفاسخ هي الزوجة بناءً على القول بجواز فسخها، وقلنا إنّ لكل واحد الفسخ في الكل إذا فسخت في الكل، وإنْ قلنا بتخصيص ذلك بمقدار حصة كل واحد، فلها الفسخ بمقدار حصتها، فيرجع إلى الميت وينتقل إليها.

وأمّا في صورة كون الارض منتقلة عن الميت فلازم الفسخ في الكل ـ بأنْ اتفقوا عليه، أو قلنا بجواز ذلك لكل واحد ـ محرومية الزوجة وإنْ كانت هي الفاسخة، وإنْ قلنا بكون الفسخ في مقدار حصة كل واحد مع عدم اتفاقهم عليه، فانْ كانت هي الفاسخة يرجع مقدار حصته إلى الميت، فتصير لباقي الوارث، وإنْ كان الفاسخ سائر الورثة فيبقى مقدار حصتها من الثمن في ملكها.

وأمّا بناءً على المختار ففي الصورة الأولى يكون الثمن بعد الفسخ لسائر الورثة، لأنّ المثمن لهم كائناً من كان الفاسخ، وفي الصورة الثانية إذا قلنا بكون الفسخ في مقدار حصة كل منهم فلا يؤثر فسخهم في مقدار حصة الزوجة، وعلى القول بجواز الفسخ في الكل، أو جواز فسخ الزوجة إذا اختارت الفسخ يشكل الحال؛ لأنّ مقتضى عدم إرثها من الأرض أنْ تصير محرومة، ومقتضى كونها مالكة لبعض العوض أنْ يرجع ما يقابله من المعوض إليها؛ إذ لا معنى لانتقال العوض عنها ودخول المعوض في ملك سائر الورثة.

ويمكن أنْ يقال: بانتقال مقدار حصتها من الأرض إليها؛ لأنَّ تملّكها ليس بالارث، بل بسبب الفسخ، وإلا فهي إنّما ورثت الثمن، فلا مانع من انتقال الأرض إليها بمقدار ما يقابل حصتها من الثمن، ولم أرَ تعرضاً للمسألة أصلاً إلا مقدار ما في الكتاب، فعليك بالتأمل والتتبع لعلك تظفر على ما يعنيك على الاستنباط.

٥٥٢ ـ قوله ﷺ: (ثم إنَّ ما ذكر وارد ...الخ)[١].

أقول: لعل مراده ﷺ أنّه يمكن أنْ يقال فيما لو كانت الأرض منتقلة عن الميت أنَّ ملكية الزوجة للمثمن في معرض الزوال، فهي متزلزلة؛ إذ لسائر الورثة الفسخ فيزول ملكيتها عن الثمن، فيكون لها أيضاً حق الازالة بالفسخ، وإنْ كان لا يرجع إليها شيء من العوض الآخر.

إلّا أنَّ يقال لا نسلّم ذلك؛ لأنَّ الورثة ليس لهم إلا الفسخ في مقدار حصتهم، فيبقى ملكيتها لمقدار حصتها من الثمن، فليست متزلزلة، يستلزم ثبوت حق لها، فتدبّر.

قلت: ويمكن أنْ يقال أيضاً في الجواب أنَّ مثل هذا التزلزل لا يحدث حقاً لها؛ لأنّه ضرر عليها لا منفعة لها، فتدبّر.

٥٥٣ ـ قوله ﷺ: (فما اختاره في الايضاح ...الخ)[٢].

أقول: حاصل ما ذكره من الوجه لهذا التفصيل أنَّ في صورة كون الأرض منتقلة عن الميت؛ حيث لا سلطنة لها على الأرض فليس لها حق الاسترداد، بخلاف الصورة الأخرى، فانَّ الثمن حيث يرجع إليها بعد الفسخ وتملكها له متزلزل، فلها فيه حق الاسترداد.

قلت: هذا ـ على فرض التمامية كما عرفت ـ مبني على كون حقيقة الخيار مالكية الاسترداد فقط، فيتبعه الرد، أمّا إذا قلنا بالعكس انعكس الأمر، وإذا قلنا بكونه عبارة عن الأمرين معاً فلا بدَّ من القول بعدم الارث مطلقاً، وإذا قلنا إنّه ليس

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١٤.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١٤.

إلا مالكية حل العقد مع قطع النظر عن الأمرين فمقتضى القاعدة القول بالثبوت مطلقاً، ولا يخفىٰ أنّه لو قلنا بالوجه الأول يثبت التفصيل المذكور من غير حاجة إلى اثبات حقها في الثمن المدفوع بالتزلزل الذي ذكره؛ لأنّه إذا كان معنى الخيار مجرد السلطنة على الاسترداد فحيث يعقل الاسترداد لها، كما في الصورة المفروضة، يشمله الأدلة، بخلاف صورة العكس، فتدبّر.

٥٥٤ ـ قوله ﷺ: (فلو علل بارثها دار ...الخ)[١].

أقول: وذلك لأنّ إرث الثمن موقوف على الفسخ، وهو موقوف على كون الثمن موروثاً حتى يكون لها فيه حق.

قلت: لا يخفىٰ ما فيه، فانّ إرث الثمن فعلاً موقوف على الفسخ الفعلي، وهو لا يتوقف على كون الثمن موروثاً فعلاً، بل على كونه قابلاً لأنّ يورث.

٥٥٥ ـ قوله ﷺ: (لأنّ الشراء يستلزم ...الخ)[٢].

أقول: يعني أنّ الثمن من حيث هو مع قطع النظر عن الشراء كان جزءً من التركة موروثاً للزوجة، والشراء منع من ذلك، فلو قلنا بثبوت الخيار لها لا يلزم تعلق الخيار بغير الموروث، ولعل حاصل غرضه أنّ إرث الثمن وإنْ كان موقوفاً على الخيار إلّا أنّ الخيار لا يتوقف لا على كون الثمن موروثاً شأناً، وهو كذلك؛ إذ هو جزء من التركة من حيث هو، فلا يلزم الدور حسبما بيّنا آنفاً[٣]، فتدبّر.

٥٥٦ ـ قوله ﷺ: (الذي سيقت لأجله ...الخ)[٤].

أقول: ومن المعلوم أنّه عدم الارث؛ حيث إنّه استثنى من الحكم الزوجة، يعني أنّها لا ترث على اشكال؛ لاحتمال ارثها، فاذا قال أقربه ذلك، يكون معناه أقربه ما قلنا من عدم الارث.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١٥.
(٣) تعليقة ٥٢٤.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١١٥.

٥٥٧ ـ قولهﷺ: **(زيادة تقدير ...الخ)**[١].

أقول: إذ التقدير على هذا حسبما ظهر من أول كلامه فأرادت الفسخ لترث من الثمن.

قلت: يمكن منع ذلك؛ بأنْ يجعل اللام غاية للمنفي، يعني أنّ الأقرب عدم إرث الخيار الذي غايته إرث الثمن، كما أنّه على ما حمل الشارحان يكون المعنى الأقرب إرثها من الخيار الذي غايته إرث الثمن.

والحاصل: أنّه يمكن أنْ يقال بالتقدير على المعنيين، ويجعل اللام غاية لارادة الفسخ، ويمكن أنْ يقال بعدمه عليهما بجعله غاية لارث الخيار، فتدبّر.

❑ كيفية استحقاق الورثة للخيار

٥٥٨ ـ قولهﷺ: **(في كيفية استحقاق...الخ)**[٢].

أقول: لا باس هنا بالاشارة إلى أمور:

أحدها: أنّ المالك للحق قد يكون متعدداً من أول الأمر، وقد يطرؤه التعدد، والثاني كالوارثين عن واحد، والأول كما إذا كان المشتري لمبيع واحد متعدداً مع وحدة العقد إذا فرض ثبوت خيار للمشتري بأحد الاسباب، وكما في تعدد ولي الدم في القصاص، وتعدد الشركاء في الشفعة بناءً على جريانها في أزيد من شريكين، وكما إذا قذف أباً أو أماً لاثنين إذا كانا ميتين حين القذف، وكما في الرهن على دين مشترك بين اثنين وهكذا.

الثاني: يجوز اشتراك جماعة في حق واحد على نحو الاستقلال، بأنْ يكون لكل منهم استيفاؤه مستقلاً، كما في حق القذف في الفرض الذي ذكرنا، وفيما إذا مات المقذوف عن وارثين، وكما في حق القصاص إذا قتل واحد جماعة دفعة أو متعاقبين، فانّ لولي كل واحد حق القصاص مستقلاً على المشهور، بل على القول بالقرعة أو تقديم السابق أيضاً كذلك؛ إذ القرعة إنّما لتشخيص من يقدم في مقام

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١٦.

(٢) كتاب المكاسب ٦:١١٧.

الاستيفاء، فلا تنافي كونه لكل واحد مستقلاً، وكذا تقديم السابق إنّما هو في مقام الاستيفاء، لا أنّ غيره لا يكون له حق، وكما في الخيار المجعول لاثنين مستقلاً، وكذا الوكيل والموكل في خيار المجلس إذا قلنا بكونه لكل منهما، وكذا الوليين والوصيين والمتوليين المستقلين، وكما في الرهن على الدين المشترك بين اثنين إذا كان بحيث لا ينفك إلا باداء تمام الدين ونحو ذلك .

ثم إنّ الاشتراك على الوجه المذكور قد يكون بحيث يجوز لكل واحد اعمال الحق اسقاطاً واستيفاءً، بمعنى أنّه لو أسقط يسقط عن الجميع، ولو استوفى لا يبقى حق للبقية، كما في حق الخيار المجعول لاثنين، والموكل والوكيل، والوليين للصبي أو المجنون بالنسبة إلى خياره و نحو ذلك .

وقد يكون بحيث يجوز لكل واحد الاستيفاء، لكن لا يسقط باسقاطه إلا بالنسبة إلى نفسه، كما في حق القصاص والقذف والرهن ونحوها، و هذا المعنى الذي ذكرنا يمكن تعقله في المال أيضاً، بأنْ يكون مال واحد لشخصين بحيث يكون لكل واحد منهما التصرف في كله بأي نحو أراد من غير حاجة إلى إذن الأخر أو إجازته؛ إذ لا مانع منه عقلاً ولا نقلاً؛ ولذا قلنا بجواز اجتماع يدين لشخصين على مال واحد على وجه الاستقلال، بحيث يعد كل منهما صاحب يد على تمام العين، فيكون نظير تعارض الامارتين في الدلالة على الملكية، ويجوز تضمين كل منهما لتمام المال إذا كانتا على وجه الغصب .

والحاصل: أنّ هذا المعنى معقول في المال أيضاً، إلا أنّه لا مورد له في الفقه، نعم يمكن أنْ يجعل منه مسألة الزكاة والخمس بناء على التعلق بالعين على وجه الشركة بين المالك والفقير، فانّ كل واحد من الفقراء والسادة مالك لذلك المقدار من العين؛ لكونه مصداقاً لكلي السيد أو الفقير، ويجوز له أخذه واتلافه، وكل من سبق إلى ذلك يفوت الموضوع بالنسبة إلى الباقين ، فتدبّر .

الثالث: إذا كان الحق متحداً من الأول، بأنْ يكون لمالك واحد، فقد يكون على وجه التقويم، بأنْ يكون نفس ذلك الحق متحداً مع قطع النظر عن كون المورد

واحداً، وقد يكون لا على هذا الوجه، بل على وجه الموردية، بأنْ يكون ذلك من جهة كون صاحبه ومورده متحداً بحيث لو كان متعدداً كان الحق كذلك، إلا أنّه اتفق وحدته فصار الحق أيضاً واحداً، ولازم هذا القسم أنْ يتعدد إذا انتقل إلى متعدد بالارث أو نحوه، كما في حق القذف وحق القصاص وحق الشفعة إذا انتقلت عن الميت إلى متعدد، فانَّ لكل منهم حق في نفسه، وإنْ كان من الأول حقاً واحداً، لا حقوقاً، فانَّ المانع من تعدده إنَّما هو اتحاد المستحق، فمع فرض تعدده لا مانع من تعدده أيضاً، ولا يضر ذلك.

ولا مورد لأنَّ يقال: كيف يعقل أنْ يتعدد الأمر الواحد الشخصي بالانتقال إلى الغير؟! فانَّه لا مانع من أنْ يكون هناك علقة لو كانت لواحد كانت واحدة، ولو كانت أو صارت لمتعدد تعددت، ألا ترى أنْ حق الخيار واحد إذا كان لواحد، وإذا صار مجنوناً يكون ذلك لكل من الوليين فيتعدد.

الرابع: مقتضى القاعدة على ما سيأتي بيانه(١) إنْ شاء الله في اشتراك الحق بين متعددين أنْ يكون بالحصص، كما في المال، سواء كان ذلك من الأول أو كان طارياً بارث أو نحوه إلا أنْ يكون هناك دليل على استقلال كل من أربابه فيه، كما في حق القذف من جهة النص الخاص، وكما في حق القصاص فيما إذا قتل واحد جماعة ونحو ذلك، أو كان المقتضي لاستيفاء الكل مجرد الشركة، ولو كانت بنحو التخصيص كما في حق الشفعة وحق القصاص مع تعدد الولي أو لا، أو بالارث فانَّ الموجب لجواز أخذ الميت بتمام المقدار المبيع، هو كونه شريكاً، وهذا المعنى يتحقق في كل واحد من الوارث؛ لأنَّه إذا ورث المال عن الميت يكون شريكاً، وهو موجب لأنْ يكون له أنْ يأخذ بالشفعة، ولا ينظر إلى كون حصته قليلة أو كثيرة، فاذا قلنا بكون حق الشفعة موروثاً فلكل واحد أخذ مقدار حصته إلا أنَّه لو عفى بعضهم يكون للباقي أخذ التمام، فليس هذا من باب كون الحق لكل واحد منهم مستقلاً حسبما يظهر من المصنّف﵀ كما سيأتي.

---

(١) تعليقة ٥٧٠.

وكذا في حق القصاص المجوز له مجرد كونه شريكاً في الولاية على الدم؛ ولهذا يجوز لكل واحد من الوارثين قتل الجاني وإنْ عفى الآخر، مع أنَّ إرثه للحق ليس على وجه الاستقلال، ولذا يجب عليه بذل الدية بمقدار حصة من عفى من الورثة، ولو كان لكل واحد مستقلاً لزم جواز القتل بدون رد شيء، كما فيما فرضنا من قتل واحد جماعة، فانَّ لكل واحد من أولياء الجماعة قتله بدون بذل مقدار حصة الباقين .

والحاصل: أنَّ إرث حق الشفعة وحق القصاص إنَّما هو بمقدار الحصة على قاعدة الميراث، إلا أنَّه مع ذلك يجوز له استيفاء التمام إذا عفى الباقون؛ من جهة أنَّ المقتضي لجوازه مجرد الشركة، وإنْ كانت الحصة قليلة، ولتكن هذه الأمور على ذكر منك لتنفعك فيما سيأتي .

٥٥٩ ـ قوله ﷺ: (ما اختاره بعضهم من استحقاق ...الخ)(١).

أقول: لا يخفى أنَّه بناءً على ما ذكره المصنِّف ﷺ ـ في المسألة السابقة من أنَّ الارث موقوف على سلطنة الفاسخ على ما انتقل عن الميت إليه ـ ينبغي القطع بفساد هذا الوجه؛ إذ من المعلوم أنَّ كل واحد من الورثة ليس مسلَّطاً على تمام العوض المنتقل إلى الميت، ولا على تمام المعوض بعد الفسخ، بل الارث بالنسبة إلى المال بالحصحص قطعاً، فهذا الوجه مبني على الاغماض عن ذلك، أو على عدم تماميته كما اخترناه، فكان اللازم على المصنِّف ﷺ أنْ يشير إلى ذلك، فتدبَّر.

٥٦٠ ـ قوله ﷺ: (وإنْ أجاز الباقون ...الخ)(٢).

أقول: يعني بعد الفسخ، فعلى هذا يكون المقدم من الأمرين نافذاً كما هو مقتضى الوجه المذكور، ويحتمل أنْ يكون المراد وإنْ أجاز الباقون ولو سابقاً على فسخ هذا فانَّه أيضاً ينفذ فسخه، ولا يثمر إجازتهم إلا بالنسبة إلى أنفسهم، كما في عفو بعض المستحقين في حد القذف وحق الشفعة، وظاهر كلام المصنِّف فيما

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١٧.

يأتي في مقام الايراد على هذا الوجه حمله على الوجه الثاني، فتدبّر.

٥٦١ ـ **قوله**ﷺ: **(وكذلك حق الشفعة على المشهور ...الخ)**[1].

أقول: قد عرفت سابقاً[2] أنّ ظاهر المشهور كون إرث حق الشفعة بالحصص، إلا أنّه إذا عفى بعض المستحقين يجوز للآخر أخذ الكل من جهة كونه شريكاً، ولا يتفاوت في جواز الأخذ كون حصته قليلة أو كثيرة؛ ولذا لا يجوز له أخذ الكل مع عدم العفو، نعم ذكروا فيما لو تعدد الشركاء من الأول وقلنا بجريان الشفعة في أزيد من شريكين أنّه يجوز فيما لو كان بعضهم غائباً أنْ يأخذ الحاضر بالتمام، فاذا حضر الغائب شاركه إنْ شاء، وهذا ظاهر في أنّ لكل واحد استحقاق التمام، فتأمل.

٥٦٢ ـ **قوله**ﷺ: **(بخلاف المال ...الخ)**[3].

أقول: قد عرفت أنّ في المال أيضاً يعقل تعدد الملاك، والوجه في التنزيل على الاشتراك ليس عدم معقولية التعدد على وجه الاستقلال، بل ظهور الادلة فيه بمساعدة حكم العرف وفهمهم، وهذا الوجه موجود في الحق أيضاً كما سيأتي[4] بيانه.

٥٦٣ ـ **قوله**ﷺ: **(تعين تبعّضه بحسب متعلقه ...الخ)**[5].

أقول: هذا هو الصحيح عندي، وسيأتي توضيحه[6].

٥٦٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وهنا معنى آخر لقيام ...الخ)**[7].

أقول: لا يخفىٰ أنّ الاولى عد هذا الوجه معنى آخر لقيام الخيار بكل واحد مستقلاً، فانّه لو كان ما تركه الميت لطبيعة الوارث فهي صادقة على كل واحد من

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١٧.
(٢) تعليقة ٥٥٨.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١١٧.
(٤) تعليقة ٤٧٧.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١١٨.
(٦) تعليقة ٥٧٠.
(٧) كتاب المكاسب ٦: ١١٨.

المجموع، فيكون المصداق في صورة التعدد كل فرد، لا المجموع، كيف؟ ولو كان كذلك لزم أنْ يكون أثره عدم جواز استقلال كل واحد، والمفروض جوازه بناءً على هذا الوجه.

والحاصل أنّ قيام الحق بكل واحد مستقلاً يتصور على وجهين:

أحدهما: أنْ يكون ظاهر أدلة الارث قيام كل واحد مقام الميت، كما هو مفاد الوجه الأول.

الثاني: أنْ يكون ظاهرها قيام الطبيعة مقامه، ولازمه أنْ يكون مختصاً بواحد إذا كانت منحصرة في فرد، ومشتركاً بين المتعددين على وجه الاستقلال إذا كانت في ضمن الأزيد؛ لأنّ كل واحد منهم في حد نفسه مصداقاً، فالمجموع مصاديق، لا مصداق واحد، ولو سلمنا أنّ المجموع أيضاً مصداق آخر فلا ينافي كون كل واحد أيضاً مصداقاً، ولازمه ما ذكرنا من كونه قائماً بكل واحد، لا المجموع.

ومن ذلك يظهر جواب ما يمكن أنْ يقال: إنّ لازم كون الحكم معلّقاً على الطبيعة عدم الاستقلال في صورة التعدد؛ لأنّ المجموع مصداق واحد؛ وذلك لانا نقول إنْ سلمنا ذلك نقول كما يصدق ذلك يصدق كون واحد منهم أيضاً مصداقاً، فلا بدّ من استقلاله؛ إذ الجهة الأولى لا توجب عدم الاستقلال، بل غايته عدم ايجابه الاستقلال، وبعبارة أخرىٰ مصداقية كل واحد يقتضي الاستقلال، ومصداقية المجموع أيضاً غايتها عدم ايجاب الاستقلال، وعدم اقتضائه لا اقتضاء العدم حتى يلزم التعارض بين الجهتين، فتدبّر.

٥٦٥ ـ قوله ﷺ: (وقيام الخيار بالجنس ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنّ الجنس ليس إلا الطبيعة، وحينئذٍ فيتعين الوجه الرابع، وهو في النتيجة موافق مع الوجه الأول على التحقيق، وإنْ كان مقتضى كلام القائل به وجود فرق ما بينهما على أحد الوجهين في معنى قوله (وإنْ أجاز الباقون) حسبما

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١١٩.

عرفت[١]، لا أنْ يكون مراد المصنّف﴾ أنّ القضية مهملة لا مطلقة، فيكون مفاد الخبر أنّ ما تركه للوارث في الجملة، لا أنّه لطبيعة الوارث أينما وجدت، فتدبّر.

٥٦٦ ـ قوله﴾: (والأظهر هو الثاني ...الخ)[٢].

أقول: إنْ كانت القضية مهملة فهو كذلك، وأمّا إذا كانت مطلقة وفي مقام البيان ـ كما هو الظاهر ـ فالظاهر الاستغراق بنحو التشريك كما لا يخفىٰ، نظير قولك «هذا المال لزيد وعمرو»، فتدبّر.

٥٦٧ ـ قوله﴾: (أوضح استحالة وأظهر ...الخ)[٣].

أقول: قد عرفت ما فيه؛ فانّ وحدته إنّما كان من جهة وحدة مورده، فلا ينافي التعدد إنْ تعدد، نعم لو كانت الوحدة بنحو التقويم تم ما ذكره، لكنه ليس كذلك، كيف؟ وإنْ كان غير معقول لم يمكن القول به في شيء من المقامات، مع أنّه قائل به في حق القصاص والشفعة ونحوهما.

٥٦٨ ـ قوله﴾: (فلأنّ مفاد تلك الأدلة ...الخ)[٤].

أقول: يمكن أنْ يقال: إنّ المستعمل فيه هو القدر المشترك، وهو كونهما للوارث، وأمّا كيفيته من حيث الاستقلال أو الاشتراك فمستفاد من الخارج، فتدبّر.

٥٦٩ ـ قوله﴾: (على ما ذكره ...الخ)[٥].

أقول: حيث قال (وإنْ أجاز الباقون) بحمله على إرادة الأعم من الاجازة سابقاً على الفسخ أو لاحقاً، لكنك عرفت أنّ الأظهر حمله على خصوص الاجازة بعد الفسخ، فلا ينافي كون النافذ هو السابق منهما، كما هو لازم الوجه المذكور.

---

(١) تعليقة ٥٦٠.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١١٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١١٩.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٢٠.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٢٠.

٥٧٠ ـ قوله ﷺ: (وأمّا ثبوت الخيار لكل منهم مستقلاً ... الخ)[١].

أقول: الانصاف أنّ المستفاد من الأدلة ذلك؛ لأنّ قسمة كل شيء بحسبه، فقسمة المال إنّما هي باعتبار نفسه، وقسمة الحق باعتبار متعلقه، وهذا واضح بملاحظة الرجوع إلى العرف، فاذا قال ما تركه الميت من حق التحجير لوارثه يفهم منه أنّه يقسم بينهم على حسب قسمة الأرض، يعني أنّ لكلٍ حق في مقدار من الأرض، لو كان وارثاً لها كان له ذلك، وكذا في حق القصاص وحق الرهن وحق الخيار، فالحق غير قابل للتجزىء عقلاً، إلا أنّه يعد من القابل له عرفاً؛ لأنّ نظرهم في ذلك إلى متعلقه، فيعد تجزيه باعتبار متعلقه تجزيه نفسه.

والحاصل: أنّ المفروض شمول الأدلة للحق، وكون مفادها واحداً بالنسبة إليهما، ولازم ذلك ما ذكرنا، ولازم ما ذكره المصنّف إمّا دعوى عدم الشمول، وهو خلاف الفرض وخلاف الواقع أيضاً، وإمّا دعوى اختلاف المفاد بالنسبة إليهما باردة إرث كل واحد حصة بالنسبة إلى المال، وإرث المجموع من حيث المجموع بالنسبة إلى الحق، وهو مستلزم للاستعمال في معنيين حسبما اعترف به آنفاً في رد الوجه الأول.

وأمّا ما ذكره من أنّ المستفاد منها بعد عدم انقسام نفس المتروك ثبوت القسمة فيما يحصل باعمال الحق واسقاطه من العين المستردة ثمنها الباقي في ملكهم فلا وجه له؛ إذ ليس هذا معنى قسمة الحق على مذهبه، نعم هو لازم الفسخ والاجازة، فليس مفاد الأدلة القسمة، بل لازم عدم انقسام نفس المتروك على مذهبه أنْ لا تشمل أدلة القسمة للحق أصلاً، ولعل مراده ﷺ أيضاً ذلك، وأنّ قسمة العين المستردة أو الثمن إنّما هي من حيث كونها قسمة للمال بعد اثبات إرث الحق من غير هذه الأدلة، وعلى هذا فلا بدّ أنْ يكون المشار إليه في قوله (فلا يستفاد من تلك) الأدلة، والمرجع للضمير في قوله (فالمتيقن من مفادها هو ثبوت ... الخ) غير أدلة القسمة، بل مثل النبوي ﷺ مما ليس متعرّضاً للقسمة ذلك؛ لعدم امكان

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢٠.

شمول أدلة القسمة للحق على ما هو المفروض.

والتحقيق ما عرفت من شمول كلا قسمي الادلة، وكون قسمة الحق باعتبار متعلقه، فيراد من أدلة القسمة قسمة المتروك، إلّا أنّ مصداق ذلك بالنسبة إلى الحق قسمة باعتبار متعلقه، لا أنْ يكون المراد قسمة المتروك نفسه، وقسمته باعتبار متعلقه بمعنى لحاظ هذين الأمرين في المعنى مستقلاً؛ حتى يلزم الاستعمال في معنيين، فتدبّر.

ثم لا يخفىٰ أنّ لازم ما اختاره المصنّف لزوم الضرر على من أراد من الورثة الفسخ وابطال حقه مع عدم إرادة الباقين، وما يذكره بعد ذلك في الجواب من ان ذلك لازم اشتراك الحق، كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق غير صواب؛ إذ الفرق بين المقامين واضح، فتدبّر.

٥٧١ ـ **قوله**ﷺ:**(ويمكن أنْ يفرق بالضرر ...الخ)**[١].

أقول: هذا على فرض تماميته إنّما يقتضي عدم سقوط حقه بمقدار نصيبه، ولا يقتضي الأخذ بكل المبيع، وإنّما المقتضي له ما ذكرنا سابقاً[٢] من أنّ مقتضى التركة جواز الأخذ بكل المبيع، وإنْ كانت الحصة قليلة، غاية الأمر أنّ مع إرادة الأخذ من كل واحد من الورثة يلزم التقسيط للجمع بين الحقوق، وأمّا مع عدم إرادة البعض فيبقى الآخر بلا مزاحم، وكذا الكلام في حق القصاص بالنسبة إلى القتل وإنْ وجب رد مقدار حصة العافي من الدية.

فانْ قلت: لعل الوجه في الأخذ بالكل مع عفو البعض أنّ الاقتصار على مقدار الحصة ضرر على المشتري من جهة تبعّض صفقته.

قلت: إنّ ضرره يمكن أنْ يجبر بخياره في أصل البيع، فتدبّر.

٥٧٢ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمل ...الخ)**[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢١.
(٢) تعليقة ٥٥٨.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٢١.

أقول: الوجه فيه أنّ ما نحن فيه أيضاً كذلك، فانّ عدم جواز الفسخ إلا برضا الكل ضرر على مريده، ودعوى أنّ نحو حقه ذلك، بمعنى أنْ هذا لازم الاشتراك مشترك الورود؛ فانّ في الشفعة أيضاً يمكن أنْ يقال بذلك.

ويمكن أنْ يكون الوجه فيه عدم كون الضرر دليلاً؛ لما أشرنا إليه من امكان أنْ يقال: إنّ ذلك من لوازم الاشتراك، ويؤيد كون مراده هذا ما سيأتي منه من التعويل عليه فيما نحن فيه من ارث الخيار، ومن المعلوم حسبما عرفت عدم الفرق بينه وبين الشفعة.

٥٧٣ ـ قوله ﷺ: (ثم إنّ ما اخترناه ...الخ)[1].

أقول: اعلم أنّ هاهنا مطلبين:

أحدهما: ما كان عقد المسألة لأجله، وهو أنّ الخيار الذي كان للميت هل ينتقل إلى كل واحد من الورثة، أو إلى المجموع بالحصص، أو إلى المجموع من حيث المجموع، ولازم الأول جواز الفسخ لكل واحد من الورثة بالنسبة إلى الكل، وحينئذٍ فانّ قلنا في الفرع الآتي أنّ المال ينتقل إلى الميت أولاً ثم إلى الوارث فاللازم بعد الفسخ أنْ يكون مشتركاً بينهم بالحصص، وإنْ قلنا بانتقاله إلى الفاسخ فيكون تمامه له ويعطى العوض من كيسه، ولازم الثاني رجوع مقدار حصته إليه فقط على القولين، ولازم الثالث عدم جواز فسخ البعض، لا في الكل، ولا في البعض، بل يجب عليهم أنْ يوكلوا واحداً في ذلك، ثم المال يكون بينهم بالحصص على القولين.

الثاني: أنّه بناءً على أحد القولين الأولين هل يجوز التفريق في الفسخ والاجازة؟ بأنْ يفسخ واحد منهم بالنسبة إلى حصته من المال؛ مع كون خياره في الكل، كما على القول الأول، أو كون خياره في ذلك المقدار فقط كما على القول الثاني أو لا يجوز ذلك؟ بل على الأول لا بدّ لكل فاسخ أنْ يفسخ في الكل؛ لأنّ حقه واحد، وهو الخيار في الكل؛ فلا يجوز له الفسخ في البعض، كما أنّه لم يجز ذلك للميت

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢١.

أيضاً، وعلى الثاني أيضاً، وإنْ كان له الخيار في البعض، إلّا أنَّ فسخه في مقدار حقه مشروط بفسخ الآخر أيضاً في مقدار حقه؛ لئلا يلزم التشقيص بالنسبة إلى المشتري.

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثالث وهو كون الخيار للمجموع من حيث المجموع، مع اشتراكهما في عدم جواز التفريق، أنّه على الوجه الثالث لا يجوز ذلك، وإنْ رضي المشتري؛ لأنَّ المفروض أنَّ الحق للمجموع من حيث المجموع، فلا بدَّ من اجتماعهم على الفسخ، وعلى هذا الوجه يجوز لكل واحد الفسخ في حصته إنْ رضي المشتري؛ لأنَّ الحق متعدد، والمانع هو التشقيص عليه، ولا بأس به مع رضاه.

وأيضاً بناءً على الثالث لا ينفع فسخ كل واحد في البعض وإنْ فسخ الكل، بل يلزم الفسخ دفعة وبعنوان واحد، وأمّا على هذا الوجه فيصح ذلك، المدار عدم التشقيص، وهو غير لازم إذا فرض صدور الفسخ من الجميع، كل في مقدار حصته، وكذا على الوجه الأول، وهو كون الخيار لكل واحد في الجميع لا يجوز التفريق، وإنْ رضي المشتري؛ لأنَّ المانع فيه وحدة الحق كما في الوجه الثالث.

إذا عرفت ذلك علمت أنَّ عبارة القواعد، بل غيرها أيضاً كالدروس والمسالك وغيرها محتملة لوجوه ثلاثة:

أحدها: ـ وهو الظاهر ـ كون الخيار للمجموع من حيث المجموع.

الثاني: كونه لكل واحد، إلا أنّه لا يجوز التفريق كما كان لا يجوز للميت؛ وذلك لأنَّ الحق واحد بالنسبة إلى كل واحد، كما كان كذلك للميت.

الثالث: كون الخيار لكل واحد بمقدار حصته، إلّا أنَّ فسخه مشروط بفسخ الباقين أيضاً، فيصح الفسخ في البعض الخاص به إذا فسخ الآخرون أيضاً فيما يختص بهم، والمصنّف جعل الوجه الأول ظاهراً، والثاني محتملاً، ولم يتعرّض للثالث.

٥٧٤ ـ **قوله ﷺ: (بعد أنْ احتمل الوجه الثاني ...الخ)**[١].

أقول: وذلك لقوله (فيه نظر أقربه ...الخ) فانّه صريح في كون التفريق محتملاً، وأنّ الأقرب هو المنع.

٥٧٥ ـ **قوله ﷺ: (دون الأرش ...الخ)**[٢].

أقول: يمكن أنْ يجعل هذا قرينة على إرادة الوجه الثالث؛ لأنّه إذا كان الخيار للمجموع من حيث المجموع فلا يجوز التفريق في أخذ الأرش أيضاً؛ لأنّه من تتمة الحق الذي هو للمجموع من حيث المجموع، وأمّا لو كان لكل واحد في مقدار حصته وكان المانع من التفريق تبعّض الصفقة على المشتري فيختص ذلك بالرد، ولا يجري في الارش، هذا.

ولكن جعل هذا ايراداً على العلامة أحسن من جعله قرينة للمراد، فتدبّر.

٥٧٦ ـ **قوله ﷺ: (عما ذكره في خيار المجلس ...الخ)**[٣].

أقول: حيث حكم فيه بجواز التفريق.

٥٧٧ ـ **قوله ﷺ: (بل يملك الفسخ في البعض ...الخ)**[٤].

أقول: سريان الفسخ في البعض إلى الكل لا يمكن إلا إذا كان مالكاً لفسخ الكل، كما في المورث، وإلا فلا وجه لسراية فسخه إلى حق الباقين الذي لا ربط له به.

٥٧٨ ـ **قوله ﷺ: (ولا دلالة فيها على عدم ...الخ)**[٥].

أقول: يعني أنّه محتمل لكون الخيار للمجموع كما هو المختار، ولكونه لكل واحد مستقلاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٢٣.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٢٣.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٢٣، حقها ان تؤخر على التعليقة اللاحقة.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٢٣.

٥٧٩ ـ **قوله**ﷺ: **(بل المراد عدم نفوذ ...الخ)**[١].

أقول: يعني أنَّ ظاهر التوافق وعدم التخالف، أنْ يكون فسخ كل بامضاء صاحبه، فقوله (من دون إجازته) يعني إجازة فسخ صاحبه.

٥٨٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم التذكرة ...الخ)**[٢].

أقول: العبارتان المتقدمتان عن التذكرة لم يكن لهما ظهور فيما ذكره، فضلاً عن الصراحة، بل الأولى منهما كانت ظاهرة في الوجه الأول كما اعترف به سابقاً[٣]، فلم أفهم المراد من قوله (ثم التذكرة) ولعل النسخة غلط.

٥٨١ ـ **قوله**ﷺ: **(قد يدل على أنَّ فسخ ...الخ)**[٤].

أقول: لم أفهم وجه الدلالة وتقريبها بما ذكره من قوله (إذ استرداد مقدار ...الخ) ليس تقريب؛ إذ ليس هذا من دلالة هذه العبارة، بل مقتضى هذا أنْ تكون مجملة بيّنها ما ذكره في موضع آخر من عدم جواز التفريق.

٥٨٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ويندفع بأنَّ الحق ...الخ)**[٥].

أقول: نمنع كون لازم الشركة ذلك، بل هي أعم منه ومن اختصاص كل بمقدار حصته، والفرق بين ما نحن فيه ومسألة جعل الخيار لأجنبيين واضح، إذ في ما نحن فيه لكل منهما حق بمقتضى أدلة الارث، فتدبّر.

○ فرع: اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ

٥٨٣ ـ **قوله**ﷺ: **(إذا اجتمع الورثة ...الخ)**[٦].

أقول: يظهر من المصنّف في طي بيان هذاالفرع وجهان في أنَّ الوارث، هل هو

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢٤.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٢٤.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٢٣.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٢٥.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٢٥.
(٦) كتاب المكاسب ٦: ١٢٥.

نائب عن الميت في الفسخ والاجازة، بمعنى أنّه يفسخ عنه لكونه قائماً مقامه، فينتقل المال إلى الميت، ثم إلى الوارث، أو لا بل هو مستقل في ذلك، بمعنى أنّه يفسخ عن نفسه من حيث انتقال الحق الذي كان للميت، وهو جواز الفسخ لنفسه إليه، ومختاره هو الوجه الثاني.

والتحقيق ـ كما ذكرنا سابقاً[1] ـ وجه آخر، وهو أنّه يرث حق الخيار الذي هو التسلّط على حل العقد من غير نظر إلى كونه عنه أو عن الميت، ولازمه انتقال كل من العوضين إلى المالك الفعلي للآخر كما في فسخ الأجنبي، وسيظهر الفرق بين هذا ومختار المصنّف.

إذا عرفت ذلك فنقول: إذا حصل الفسخ فامّا أنْ يكون الغرض موجوداً في ملك الميت أو تالفاً في زمان حياته، أو بعد موته في يد الورثة، وعلى فرض كونه تالفاً في حياته فامّا أنْ يكون له مال يعادله أو لا، فمع بقاء العين إلى حال الفسخ لا فرق بين الوجوه؛ في أنّه إذا فسخ العقد سواء كان بفسخ بعض الوارث باجتماعهم عليه يرجع العوض إلى المفسوخ عليه، ويسترد مال الميت أو بدله، وتقسّم بين الورثة بالحصص، ولا يضر انتقال ذلك العوض إلى الورثة وتملكهم له قبل الفسخ، بمعنى أنّه لا يعد تالفاً بمجرد ذلك، ولو على الوجه الأول، وهو كون الفسخ نيابة عن الميت وموجباً للرجوع إليه والخروج عنه.

وأمّا إذا لم يكن موجوداً فعلى الوجه الأول يحكم باشتغال ذمة الميت بالبدل فيخرج من سائر أمواله إذا كان له مال آخر، وإلا فيبقى ذمته مشغولة يجب تفريغها بالمعوض المنتقل إليه إذا كان وافياً، والزائد يبقى في ذمته، ولا يؤخذ البدل من الورثة الفاسخين؛ إذ حالهم حينئذٍ حال الأجنبي الفاسخ، ولا فرق بين كون الفسخ صادراً من المجموع أو البعض، بناءً على القول به، بل وكذا إذا فسخ البعض في مقدار حصته على القول به، ومن لوازم هذا الوجه شركة الغرماء مع المفسوخ عليه في العوض المنتقل إلى الميت بالفسخ؛ لأنّ المفروض أنّ الثمن صار ديناً عليه.

---

(١) تعليقة ٥٤٤.

وأمّا على الوجه الثاني وهو مختار المصنّف فاللازم اشتغال ذمة الفاسخ بالبدل ورجوع المعوض إليه، فانْ كان الفاسخ هو البعض في الكل فيشتغل ذمته بتمام البدل، وإنْ كان في مقدار حصته فبقدر حصته، وإنْ كان الكل في الكل فيشتركون في المعوض، وفي شغل ذمتهم ببدل العوض، ولا فرق في ذلك بين كون التلف في زمان حياة المورث، أو بعد موته، ولا في وجود مال آخر للميت وعدمه؛ إذ مع وجوده أيضاً لا يجب اعطاء البدل منه؛ لأنَّ المفروض عدم شغل ذمة الميت بالبدل حتى يخرج من تركته.

فلا وجه لما يظهر من المصنّف من وجوب ذلك؛ حيث خص الاشكال في اشتغال ذمة الورثة وعدمه بصورة عدم وجود مال للميت، ومن لوازم هذا الوجه عدم الاشكال أصلاً في جواز فسخ الورثة مع وجود الدين المستغرق إذا كان الثمن تالفاً غير موجود في جملة أمواله، ولو قلنا ببقاء المال حينئذٍ على حكم ملك الميت وعدم انتقاله إلى الورثة؛ إذ على هذا لا يلزم من فسخهم تصرف في التركة أصلاً، بخلافه على الوجه الأول فانّه موجب لرجوع المعوض إلى الميت واشتغال ذمته بالبدل الواجب تفريغها من التركة، فيلزم التصرف في التركة، فيكون حالهم حال الزوجة مع عدم الارث للعقار.

وأمّا على الوجه الثالث الذي هو المختار فمقتضى القاعدة شغل ذمة جميع الورثة مع الفسخ في الكل، سواء صدر من البعض أو الكل، وخصوص ذمة الفاسخ إذا فسخ في مقدار حصته، ورجوع المعوض إلى الكل في الأول، وإلى خصوص الفاسخ في الثاني؛ وذلك لأنّه مقتضى انحلال العقد الواقع على المال الذي لو لم ينتقل عن الميت أو انتقل وفسخه في حياته كان مشتركاً بين الكل، وعلى العوض الذي لو لم يتلف كان كذلك، كما في صورة فسخ الأجنبي، والظاهر عدم وجوب اعطاء البدل من التركة مع فرض وجودها؛ لأنّها لم يتعين للبدلية، وإنْ كان لو فسخ الميت كان البدل متعلقاً بها؛ لأنَّ ذلك من جهة كونها ملكاً له، فكان اللازم اداء دينه منها، وأمّا بالنسبة إلى الورثة فهي وسائر أموالهم سواء.

وعلى هذا الوجه أيضاً لا اشكال في جواز فسخ الورثة مع وجود الدين المستغرق، نعم لو قلنا بتقديم الاداء من التركة على ذممهم يجري نظير الاشكال السابق في الزوجة.

فظهر أنّ على المختار لا يجوز لواحد من الورثة أخذ كل المعوض وأداء بدل العوض من كيسه، ولو قلنا بجواز فسخه في الكل، بخلافه على مختار المصنّف، فيكون المختار مشتركاً مع الوجه الأول في هذه الثمرة، ويبقى الفرق بينهما فيما ذكرنا من الاشكال في فسخ الوارث مع الدين المستغرق على الأول دون المختار، وكذا في الزوجة بالنسبة إلى العقار؛ إذ يمكن أنْ يقال على هذا الوجه، بل وكذا على مختار المصنّف بجواز فسخها وتملّكها له بقدر حصتها؛ لأنّ هذا ليس إرثاً للعقار، بل هي وارثة للمال الذي هو الثمن، وتتملك العقار بملكية جديدة بدلاً عما ورثت من الثمن، بخلافه على الوحه الأول، فانّ لازمه رجوعه إلى الميت أولاً، ثم إلى الوارث، والمفروض عدم إرثها منه، فتدبّر.

٥٨٤ ـ **قوله**ﷺ: **(دفعوه إلى المشتري** ...الخ)[1].

أقول: يعني على كلا الوجهين الآتيين، وهو كذلك كما عرفت؛ إذ مع بقائه يجب دفعه بعد الفسخ، سواء قلنا إنّه ملك للميت، وأنّ الفسخ عنه أو للوارث، وأنّه يفسخ عن نفسه، ودعوى صدق التلف عليه على الأول؛ من جهة خروجه عن ملك الميت بسبب الارث كما ترىٰ.

٥٨٥ ـ **قوله**ﷺ: **(اخرج من مال الميت** ...الخ)[2].

أقول: يعني على كلا الوجهين أيضاً، وقد عرفت الاشكال فيه بناءً على الوجه الثاني، وهو مختاره ﷺ، فلا تغفل.

٥٨٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا يمنعون** ...الخ)[3].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٢٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٢٥.

أقول: بناءً على الوجه الأول يجري فيه الاشكال السابق في الزوجة؛ لعدم تسلّطهم على العوض، ولا على المعوض حسبما ذكرنا مراراً، بل على الوجه الثاني أيضاً يجري الاشكال بناءً على ما ظهر منه من تعلق البدل بالتركة، وإنْ كان خلاف التحقيق كما عرفت.

٥٨٧ ـ **قوله** ﷺ: **(وفي اشتراط ذلك** ...الخ)[1].

أقول: بناءً على الثاني ـ كما هو الحق ـ يمكن أنْ يقال: لا يجوز لهم الفسخ إذا كان مضراً بالديّان، خصوصاً إذا لم يكن لهم فيه غرض إلا مجرد الاضرار.

٥٨٨ ـ **قوله** ﷺ: **(المستلزم لدخول المبيع** ...الخ)[2].

أقول: نمنع كون مقتضى الانحلال ذلك؛ بل مقتضاه الدخول في ملك المالك الفعلي، وهو الوارث؛ فالدخول في ملك الميت يقتضي اعتبار زائداً على أصل الانحلال، وهو دعوى أنَّ الوارث نائب عن الميت في الفسخ له حسبما يظهر منه بعد ذلك، فتدبّر.

٥٨٩ ـ **قوله** ﷺ: **(من مقتضى النيابة والقيام** ...الخ)[3].

أقول: قوله «والقيام» تفسير للنيابة، فليس المراد منها معناها الظاهر، كيف؟ والوجه الأول نيابة، دون هذا الوجه، كما يظهر من قوله بعد ذلك (لا كولاية الوالي أو الوكيل) وقوله (فهو كنفس الميت لا نائب عنه) فجعل الوجه الأول نيابة، والأولى اسقاط لفظ النيابة في العبارة لاخلاله بالمقصود.

ثم إنّك قد عرفت من بياناتنا السابقة أنّه لا اشكال في أنَّ الفسخ ليس أزيد من حل العقد، وليس فيه اعتبار زائد، هو كونه عن نفسه أو عن الميت، وإنّما الكلام في أنَّ الحق الذي كان للميت إنّما كان مجرد التسلّط على حل العقد أو التسلّط على حله لنفسه.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢٥.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٢٦.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٢٦.

والانصاف أنّ هذا أيضاً لا اشكال فيه، فانّ حقه مجرد ملك الحل من غير نظر إلى نفسه وغيره كما في خيار الأجنبي، فانّ حقه ليس الحل، فعلى هذا لا مفر من القول برجوع العوضين إلى المالك الفعلي، لا الميت، ويظهر من المصنّف‌ﷺ مفروغية كون فسخ الاجنبي موجباً للرجوع إلى الميت، مع أنّه لا اشكال في أنّه موجب للعكس، ولا يضر عدم كون الوارث عاقداً، بعد كون العقد له بمقتضى قيامه مقام مورثه، فكأنّه هو العاقد.

فلا موقع لأنّ يقال إذا كان مقتضى الانحلال ما ذكرت من الرجوع إلى المالك الفعلي لزم القول به في صورة الانتقال إلى غير الوارث أيضاً، كما لو باعه الميت أو وهبه؛ وذلك لأنّ غير الوارث ليس ممن له العقد، ولا ممن وقع العقد على ماله، وهذا واضح.

هذا، ولكن يشكل على ما ذكرنا أنّ لازمه اشتغال ذمة الوارث بالبدل مع فسخ الأجنبي؛ حتى في صورة عدم وجود تركة للميت أصلاً، وعدم وفاء ما انتقل إليه ببدل العوض التالف في زمان حياة المورث، ولا يمكن الالتزام به، فيكشف هذا عن عدم تمامية ما ذكرنا، وأنّ مقتضى الانحلال ما ذكره المصنّف‌ﷺ من الانتقال إلى الميت مطلقاً، واشتغال ذمته كذلك؛ إذ لا يمكن التفكيك بين صورة وجود العين أو وجود التركة، أو وفاء ما استرد بالفسخ بقيمة التالف، وبين صورة عدم الوجود وعدم الوفاء، بأنْ يقال بالانتقال إلى الميت في خصوص الصورة الأخيرة، ولا يمكن التزام اشتغال ذمة الوارث بلا بدل أصلاً.

فالانصاف أنْ يقال: إذا قلنا إنّ المنتقل إلى الوارث ليس إلا التسلّط على الحل أنّ مقتضاه رجوع العوض أو بدله إلى الميت، بمعنى أنّه يقدّر موجوداً ومالكاً حال الفسخ، فيؤثر الفسخ في الخروج عنه والدخول في ملكه، وفي صورة عدم وجود العين وعدم التركه يشتغل ذمته، فيجب تفريغها بما انتقل إليه بعد الفسخ من المعوض أو بدله، فانْ وفىٰ فهو، وإنْ لم يفِ تبقى ذمته مشغولة، وإنْ زاد يعطى للوارث، وكذا في فسخ الأجنبي، فلا فرق بين المختار وبين الوجه الأول الذي

ذكرناه سابقاً، من كون المنتقل إلى الوارث حق الفسخ عن الميت، بمعنى أنّه على المختار أيضاً لا يرجع إلى المالك الفعلي، وهو الوارث، فالحق ما ذكره المصنّف من أنّ مقتضى الانحلال الرجوع إلى الميت كما في فسخ الاجنبي.

نعم يرد عليه أنّ ما اختاره من كون الوارث فاسخاً عن نفسه لا وجه له، كيف؟ وإلا لزم القول به مع وجود التركة، ولازمه عدم وجوب اعطاء البدل منها، وهو خلاف مختاره، ولا يمكن دعوى تخصيص كونه فاسخاً عن نفسه بصورة تلف العين، وعدم وجود التركة، وعن الميت في صورة بقاء العين أو وجود التركة.

فالتحقيق أنّ المنتقل إليه ليس إلا التسلّط على الحل، ولازمه الرجوع إلى الميت، بمعنى جعله في حكم ماله، والحكم باشتغال ذمته مع عدم وجود العين يجب تفريغها مع وفاء التركة بضميمة ما انتقل إليه، ومع العدم تبقى مشغولة، فتدبّر.

٥٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(من دون أنْ يلزموا ...الخ)**(١).

أقول: هذا لا يثبت مدعاه؛ إذ يمكن أنْ يكون لأجل ما ذكرنا، نعم يبقى الوجه الأول، وهو الانتقال إلى الميت، فتدبّر.

٥٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(تنقيح زائد ...الخ)**(٢).

أقول: الانصاف أنّهﷺ لم ينقح المسألة أصلاً.

❑ مسألة: لو كان الخيار لاجنبي ومات

٥٩٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وهذا لا يخلو عن قوة ...الخ)**(٣).

أقول: هو كذلك، إلا إذا علم إرادة الموردية، وحينئذٍ فمقتضى القاعدة أنْ يرثه وارثه، وأمّا رجوعه إلى من اشترط له فلا وجه له أصلاً، هذا في خيار الشرط.

وأمّا مسألة الوكيل في إجراء الصيغة فلا يبعد دعوى انتقال خياره إلى وارثه، إلّا

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢٦.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٢٦.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٢٧.

أنْ يدعى انصراف دليل خيار المجلس عن مثله، ولازمه عدم ثبوت اصل الخيار، وإلا فمع فرض شمول الدليل له ينبغي الانتقال إلى الوارث.

ولا يمكن أنْ يقال: إنَّ ثبوت الخيار له بنحو التقويم دون الموردية؛ إذ الدليل واحد بالنسبة إليه وإلى المالكين، فلا يمكن أنْ يفيد الموردية بالنسبة إليهما، والتقويم بالنسبة إلى الوكيلين.

ثم لو اشترط عدم إرث الخيار بطل الشرط في مسألة الوكيل بناءً على ثبوت الارث؛ لأنَّه مخالف للشرع، وكذا سائر الخيارات غير خيار الشرط، وأمَّا فيه سواء اشترط ذلك بالنسبة إلى الأجنبي أو أحد المتعاقدين فلا بأس به، إنْ أريد من ذلك كونه مختصاً به على وجه التقويم، وإنْ أريد منه ظاهره بطل أيضاً لمخالفته للشرع.

٥٩٣ ـ قوله ﷺ: (لو جعل الخيار لعبد ... الخ)[1].

أقول: إنَّ الكلام في هذا الفرع في مقامات:

أحدها: هل يصح جعل الخيار للمملوك أو لا؟

الثاني: على فرض الصحة هل يرجع إلى مولاه أو لا؟

الثالث: على فرض عدم رجوعه إليه هل يرثه مولاه إذا مات أو لا؟

أمَّا المقام الأول فنقول: لا ينبغي الاشكال في صحته مع إجازة المولى وإذنه، وأمَّا مع عدمها فانْ كان ذلك منافياً لحق المولى ومانعاً عن الاشتغال بخدماته فلا اشكال في عدم صحته، وإنْ لم يكن كذلك فينبى على أنَّ العبد ممنوع من التصرفات مطلقاً، وأنَّه لا يقدر على شيء أصلاً، أو أنَّ ذلك مختص بما ينافي حق المولى.

والأقوى الثاني لانصراف الأدلة عن التصرفات الغير المنافية، والسر معلومية كون ذلك لرعاية حقوق المولى.

وأمَّا المقام الثاني: فالأقوى عدم رجوعه إلى المولى؛ إذ الوجه في رجوعه إليه إمَّا ما ذكره المصنّف من عدم نفوذ فسخه وإجازته بدون رضا مولاه.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢٨.

وفيه: أنّ لازمه القول بمثله فيما لو وكله في بيع داره مثلاً، وأجاز المولى، فانّه لا يرجع إلى توكيل مولاه، مع أنّه إذا كان ذلك باجازته من الأول فنمنع عدم النفوذ إلا برضا المولى، فانّ الاذن في الشيء إذن في لوازمه.

وإمّا دعوى عموم ما دلّ على أنّ ما كان للعبد لمولاه، بأنْ يدعى شموله للحقوق أيضاً.

وفيه أولاً: منع الشمول، بل هو مختص بالمال.

وثانياً: أنّ العبد ملحوظ على وجه التقويم، فلا يمكن كون الحق لمولاه.

وأمّا المقام الثالث: فالأقوى فيه عدم إرثه لما ذكره من كونه ملحوظاً على وجه التقويم دون الموردية، فحاله كحال جعل الخيار للأجنبي، بل هو هو، نعم لو علم كونه على وجه الموردية ورثه المولى بناءً على عدم تمامية الاجماع والنصوص الدالة على أنّه لا توارث بين الحر والعبد، إمّا بدعوى كون المراد عدم إرث العبد من الحر لا العكس، وإمّا بدعوى عدم شمولها للحقوق واختصاصها بالأموال، وإلا فلا يرثه المولى، بل يسقط الخيار بموته، فتدبّر.

ثم إنّه لا ينبغي التأمل في عدم الفرق في المقامات المذكورة بين كون العبد لأحدهما أو لأجنبي، هكذا ينبغي بيان المطلب، والمصنّف ﷺ لم يتعرّض للمقام الثالث، مع أنّه المناسب للمقام كما لا يخفىٰ.

بقي هنا أمور لا بأس بالاشارة إليها إجمالاً:

أحدها: لو قلنا بكون الفسخ مقتضياً للرجوع إلى الميت ثم الارث منه؛ فالمدار على الوارث حين الموت، لا حين الفسخ، فلو مات عن ابنين، فمات أحدهما قبل الفسخ عن ابن، فورث الابن ابنه، ثم فسخ هو وعمه فالمال ينقسم بينهما، ولا ينحصر بالعم لكونه مقدماً في الارث؛ وذلك لأنّ الفسخ يقتضي رجوع المال إلى الميت الأول، فيرثه الابن الميت، ويرثه ابنه، وهذا واضح.

الثاني: بناءً على كون الحق لكل واحد استقلالاً لو أجاز أحدهم سقط حق الباقين، وأمّا لو أسقط حقه فيحتمل بقاء حق الباقين، والفرق أنّ الاجازة تنفيذ،

بخلاف الاسقاط فهو إنّما يؤثر بالنسبة إلى نفسه، وأمّا بناءً على التخصيص فلا فرق بين اسقاط بعض لحصته أو إجازته، إذ على التقديرين إنّما يثمر في حق نفسه فقط، غاية الأمر أنّه لو فسخ الباقون يتخير المفسوخ عليه لتبعّض الصفقة، فلو مات الباقون وورثهم المجيز المسقط لحقه فله الخيار في مقدار حصتهم للارث، وكذا في الفرض الأول إذا أسقط حقه، فانّه يرث خيار الباقين، وله الفسخ في الكل، والوجه واضح.

الثالث: إذا مات أحد الوارثين قبل الفسخ والاجازة وورثه الآخر فهل يجوز له الفسخ في البعض والاجازة في البعض أو لا؟

إنْ قلنا بكون الخيار لكل واحد مستقلاً فالظاهر عدمه، كما لم يكن جائزاً قبل ذلك، لأنّ لكل واحد منهما حق واحد، ولا يجوز التبعيض فيه كما عرفت سابقاً، وبالارث لا يتعدد الحق، وعلى فرضه فكل منهما واحد، لا يجوز تبعيضه، وأمّا إنْ قلنا بالحصص فالظاهر جواز الفسخ بالنسبة إلى أحدى الحصتين من الاصلي والموروث، كما كان كذلك قبل موت أحدهما، وبعبارة أخرىٰ له خياران أحدهما بالاصالة، والآخر بالارث، كل في حصته، فله الفسخ بالنسبة إلى أحدهما والامضاء بالنسبة إلى الآخر، ونظيره إذا كان المشتري المبيع واحد متعدد، ولو قلنا إن لكل منهما خياراً في مقدار حصته، فانّه إذا ماتا وانتقل الخياران إلى واحد يجوز له التبعيض.

الرابع: إذا أوصى الميت باسقاط الخيار أو بعدم الفسخ وجب العمل به، إنْ كان خارجاً من الثلث بأنْ يكون الضرر الناشيء من قبله خارجاً منه، وإنْ أوصى بالثمن المنتقل إليه، بأنْ قال «اعطوه فلاناً بعد موتي» فهو في حكم تلفه، إنْ كان خارجاً من الثلث، وإلا ففي مقداره، ويبقى الخيار للوارث، فانْ فسخوا ينتقل إلى البدل، هذا إذا لم نجعل هذا التصرف منه مسقطاً للخيار، وإلا فلا خيار حتى يرثه الوارث، كما أنّه لو كان الخيار مشروطاً ببقاء العينين، بأنْ لا يكون في أصل العقد، بل في الرد والاسترداد الذي لازمه سقوطه مع عدم بقائهما، يكون في الفرض المذكور خيار

الميت باقياً بعد الوصية إذا لم نجعله تصرفاً مسقطاً، لكن لا يمكن أنْ يرثه الوارث؛ لصدق البقاء قبل الموت، وصدق تلفه بعده.

الخامس: إذا اختلف الوارث والطرف الآخر في اسقاط الميت لخياره، فالقول قول الوارث؛ لأصالة البقاء، ولا يضر عدم اثباتها لكونه تركة للميت، كما في المال الذي شك في خروجه عن ملكه، فانَّه لا اشكال في أنَّه يجري أصالة العدم ويرثه الوارث.

إلّا أنْ يقال: بالفرق بين المال والحق في ذلك، فانَّ المال يصدق عليه التركة من حيث هو، بخلاف الحق، فانَّ كونه تركة فرع عدم اسقاطه، والأصل لا يثبت ذلك.

السادس: إذا مات من عليه الخيار لم يسقط خيار صاحبه، فيفسخ هو أو وارثه ويسترد العين أو بدلها من التركة، ومع تلفها وعدم التركة يبقى ذمه الميت مشغولة إنْ لم يفِ ما انتقل إليه بالفسخ بتفريغها، كما هو واضح.

❑ سقوط الخيار بالتصرف

٥٩٤ ـ قوله ﷺ: (والمقصود هنا بيان ...الخ)(١).

أقول: مجمل القول في هذه المسألة أنَّه لا بدَّ من التكلم في مقامات:

أحدها: هل الفسخ يحصل بالفعل كما يحصل بالقول أو لا؟

الثاني: بناء على الأول هل المدار على قصد انشاء الفسخ بالتصرف، أو هو فاسخ تعبدي فيما يكون كاشفاً عن كراهة البيع وإنْ علم أنَّه لم يقصد انشاء الفسخ.

الثالث: إذا صدر منه تصرف وشك في كونه بقصد الفسخ أو لا هل يحمل على إرادة الفسخ ويحكم بالانفساخ أو لا؟

أمّا المقام الأول: فالظاهر عدم الاشكال في كفاية الفعل، وأنَّه لا ينحصر في القول؛ وذلك للاجماع على الظاهر، ولصدق الفسخ على الفسخ الفعلي، فيشمله الأدلة، ولا دليل على اعتبار اللفظ فيه .

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٢٩.

ودعوى: أنّه مقتضى قوله ﷺ (إنّما يحلل الكلام ويحرم الكلام)[١] مدفوعة بعدم كونه في هذا المقام كما يظهر من ملاحظة مورده حسبما بيّنه المصنّف سابقاً[٢]؛ ولذا لم يستدل به على اعتبار اللفظ في العقود.

وأمّا المقام الثاني: فالتحقيق عدم تعبدية كون التصرف فاسخاً؛ لعدم الدليل، وإنْ قلنا به في الاجازة من جهة دلالة خبر خيار الحيوان، مع إنك عرفت أنّا لم نقل به هناك أيضاً، وعلى فرضه يجب الاقتصار على خصوص خيار الحيوان، والاجماع على اتحاد البابين ـ أعني بابي الفسخ والاجازة ـ ممنوع.

وأمّا المقام الثالث: فالحق فيه الحمل على كونه بعنوان الفسخ إذا كان ظاهراً فيه؛ لأنّ ظواهر الأفعال كظواهر الأقوال في الحجية؛ لبناء العقلاء، ولما أشار إليه المصنّف من حمل فعل المسلم على الصحيح فيما كان محرماً إذا لم يكن بعنوان الفسخ، وظهور إرادة التصرف عن نفسه فيما لم يكن محرماً، هذا.

والمصنّف خلط بين المقام الثاني والثالث، فيظهر من أول كلامه إلى قوله (لكن الأمر هنا أسهل ...الخ) أنّ كلامه في المقام الثاني، ومن هذه العبارة إلى آخر المسألة، خصوصاً حكمه في آخرها بعدم حصول الفسخ بالتصرف الصادر عن نسيان للبيع أو عن مسامحة أنّ كلامه في المقام الثالث، وقد صدر منه نظير هذا الخلط في مسألة مسقطية التصرف للخيار على ما أشرنا إليه سابقاً في خيار الحيوان[٣]، فتدبّر.

٥٩٥ ـ **قوله ﷺ: (وهذا الاتفاق وإنْ كان ...الخ)**[٤].

أقول: الانصاف عدم تحققه؛ لأنّ معنى ذلك أنْ يكونوا متفقين على كون حكم الفسخ حكم الاجازة، فكل ما يثبت في أحدهما ولو من باب التعبد لا بدّ وأنْ يكون ثابتاً في الآخر، وهذا مما لا يمكن اثباته؛ إذ الظاهر، بل المقطوع به أنّ جملة من العلماء إنّما حكموا بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا أو الكراهة في المقامين من

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٦٠.
(٣) ج ٢، تعليقة ٦٣١.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٣١.

باب كونه بمقتضى القاعدة، لا من جهة ثبوت وحدة البابين، بحيث لو كان ذلك على خلاف القاعدة، وثبت في مسألة الاجازة يكون باب الفسخ أيضاً ملحقاً به.

ومن ذلك يظهر أنّ ما أجاب به المصنّف‌ﷺ عن هذا الاجماع من أنّ أكثر هؤلاء اعتبروا في ذلك الباب التصرف الدال على الرضا، ولا بدّ لهم بمقتضى المقابلة أنْ يقولوا في هذا الباب أيضاً كذلك ليس في محله؛ إذ مع فرض تحقق الاجماع فاللازم على غير هؤلاء ممن حكم في ذلك الباب بكفاية مطلق التصرف تعبداً أنْ يقول به في المقام أيضاً، فاذا فرضنا أنّا فهمنا من خبر خيار الحيوان كون التصرف مسقطاً تعبدياً لزمنا القول بمثله في المقام، فالمتعين في جواب الاجماع ما ذكرنا من منع التحقق، وما أجاب به المصنّف إنّما يناسب إذا كان المراد من الاجماع المذكور الاجماع على كفاية مطلق التصرف في المقام.

وبعبارة أخرىٰ الاجماع البسيط؛ إذ حينئذٍ له أنْ يقول إنّ أكثر هؤلاء اعتبروا كذا فاللازم حكمهم بمثله في المقام، والمفروض كون المدعى الاجماع المركب، وعدم الفصل، فتدبّر.

٥٩٦ ـ **قوله‌ﷺ: (وهنا كلام مذكور في الاصول ...الخ)**(١).

أقول: الظاهر أنّ مراده الاشارة إلى الاشكال في دلالة أخبار القاعدة على المدعى من الحمل على الصحيح الواقعي، وأنّ غايتها عدم تفسيقه، وعدم سوء الظن به، فتدبّر.

٥٩٧ ـ **قوله‌ﷺ: (مع أنّه لو أُريد به أصالة ...الخ)**(٢).

أقول: يعني لو جعلنا الأصل المذكور من الأصل التعبدي أيضاً يتم المطلوب؛ إذ لا مانع لاجرائه إلا معارضته باصالة عدم إرادة الفسخ، وليست مانعة؛ لأنّها محكومة بالنسبة إلى الأصل المذكور، نعم هو مثبت، فعدم الاعتبار به إنّما هو من هذه الجهة، لا للمعارضة.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٣٢.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٣٣.

قلت: مع قطع النظر عن الاثبات أيضاً لا يتم؛ لأنَّ الحكومة ممنوعه؛ لأنَّ الشك فيهما مسبب عن ثالث، وهو أنَّ الحادث المعلوم ماذا.

❑ هل التصرف سبب او كاشف

٥٩٨ ـ **قوله ﷺ: (هل الفسخ يحصل** ...الخ)[1].

أقول: تحقيق القول في هذه المسألة على سبيل الاجمال: أنَّ الحق أنَّه يحصل بالتصرف، لا بمجرد الكراهة الباطنية المستكشفة؛ وذلك لأنَّه لا اشكال في كونه من الايقاعات، وهي كالعقود محتاجة إلى الانشاء، ولا يكفي فيها الرضا والكراهة النفسيان؛ لعدم كونهما من الانشاء، وعلى فرض انشاء الكراهة في نفسه أيضاً لا يكفي؛ لأنَّ المعتبر الانشاء الخارجي الحاصل بالقول أو الفعل، والقلبي لا يكفي في شيء من المقامات إلا في النذر بناءً على مذهب الشيخ؛ من حيث إنَّه عهد بينه وبين الله، فلا يحتاج إلى الانشاء الخارجي.

والحاصل: أنَّه لا بدَّ من كون الانشاء بأمر خارجي كاشف عن الارادة النفسية؛ ولذا يعتبر في القول والفعل كونهما صريحين أو ظاهرين، والا فلا يكفي كل قول، ولا كل فعل وإنْ قصد لهما الانشاء، وهذا واضح.

نعم لو دلَّ دليل على كفاية شيء في مقام وإنْ لم يقصد الانشاء بالقول أو الفعل قلنا به لذلك، وإلا فمقتضى القاعدة ما ذكرنا، ولا دليل في المقام، بل ولا في الاجازة، ولو سلمنا كفاية الرضا هناك لا يمكن أنْ يستظهر به ذلك من جملة من الاخبار وكلمات العلماء لا نقول به في المقام؛ لعدم الدليل على الاتحاد، مع أنَّ الفرق بينهما في الجملة موجود، فيمكن منع كون الموجب للزوم المعاملة الخيارية الاجازة؛ حتى يقال إنَّها من الايقاعات، بل العقد موجب له إذا حصل منه الرضا بعد ذلك مع الكاشف أو مع عدمه أيضاً، وكذا الاجازة في الفضولي، بخلاف الفسخ فانَّه حلٌّ للعقد، ولازمه التمليك والتملّك، فهو في الحقيقة معاملة جديدة، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٣٤.

ومما يؤيد ما ذكرنا، بل يدل عليه اتفاقهم على الظاهر على اعتبار الانشاء القولي أو الفعلي، ولا يكفي الاخبار حتى عند من قال بكفاية الكراهة القلبية، وأنّها المؤثر في الفسخ؛ لأنّها يعتبر كشفها بالانشاء الصريح أو الظاهر، ولو كان الموجب للانفساخ مجرد الكراهة المستكشفة كفى كون الكاشف إخباراً عنها، هذا.

مع أنّه لا يعقل انشاء الفسخ بالقول أو الفعل للعالم بحصوله بمجرد الكراهة القلبية الحاصلة قبل الانشاء.

ومما يؤيده أيضاً اتفاقهم على الظاهر على أنّه لو كان بالقول لا يحصل إلا بتمامه، كما في سائر المقامات، ولازم القول المذكور كونه حاصلاً قبله بمجرد الكراهة القلبية، والتفكيك بين القول والفعل كما ترىٰ.

ثم إذا فرض كون الكراهة حاصلة قبل الانشاء بمدة لزم على هذا القول الحكم بحصول الفسخ من أول حصولها، لا قبل الانشاء بآنٍ ما، والظاهر عدم التزامهم به.

ثم إنّ الذي دعاهم إلى هذا الاحتمال أو القول به هو صحة التصرفات التي يحصل بها الفسخ، وإنْ كانت موقوفة على الملك، وكذا حلية التصرفات المحرمة بدون الملك، ويمكن توجيه ذلك بوجه آخر من التعبد أو غيره كما سيأتي[1]، هذا.

ولصاحب الجواهر كلام في باب رجوع الطلاق على فرض تماميته يمكن اجراؤه في المقام أيضاً، وهو أنّ الرجوع في الطلاق ليس من باب الايقاع حتى يعتبر فيه الانشاء بالقول أو الفعل، بل هو من حقوق المطلق، قال (إنّ الرجعه من أقسام الايقاع؛ فيعتبر فيها قصد الانشاء واللفظ الصريح عند من اعتبره في نظائرها من العقود والايقاعات، أو ليست كذلك، بل هي من حقوق المطلق كما عساه يومىء إليه اتفاقهم ظاهراً على عدم اعتبار لفظ مخصوص، بل ستسمع نصاً وفتوى بحصولها بالفعل المقتضي للزوجية، بل تسمعهما أيضاً في أنّ انكار الطلاق رجعة ونحو ذلك مما لم يعهد منهم نظيره في غيرها من الايقاعات، بل

---

(١) نفس التعليقة.

ستسمع تردد المصنّف في قبولها للتعليق)[١].

وقال في مسألة أنَّ انكار الطلاق رجعة (وأمّا احتمال الاكتفاء في الرجعة بما يقتضيه الانكار من الرغبة في الزوجية وإرادة البقاء على النكاح الأول فهو كما ترىٰ...إلى أنْ قال: فلا محيص عن القول بأنَّ الرجعة ليست من قسم الايقاع، ولا يعتبر فيها قصد معنى الرجوع، بل يكفي فيها كل ما دلَّ من قول أو فعل على التمسك بالزوجية فعلاً، وإنْ ذهل عن معنى الطلاق)[٢] انتهى ملخصاً.

فيمكن أنْ يقال في ما نحن فيه أيضاً أنَّ الفسخ ليس من قسم الايقاع حتى يعتبر فيه الانشاء، ولا يحصل بمجرد الكراهة الباطنية أيضاً، بل هو من حقوق ذي الخيار، ويكفي فيه كل فعل أو قول دال على التمسك بماله السابق وإنْ لم يكن بقصد الانشاء، وحاصله أنَّه يجوز له ترتيب آثار ملكيته على ذلك المال.

لكن الانصاف أنّي لم أفهم معنىً محصلاً لكلامه؛ إذ مجرد كونه من حقوق المطلق لا يقتضي عدم اعتبار الانشاء فيه، وكذا في المقام، وإنْ أراد أنَّ مقتضى الأدلة كفاية كل فعل أو قول دال فهو أيضاً لا ينافي كونه من الايقاع، غاية الأمر أنَّه يكفي في حصوله بعض الافعال أو الاقوال تعبداً.

وبعبارة أخرىٰ كما أنَّه يحصل بالانشاء يحصل بغيره أيضاً تعبداً، نظير ما قيل في المقام وفي مسألة الاجازة من كفاية كل فعل دال نوعاً على الفسخ أو الاجازة، وهذا لا يستلزم كون كل من الرجعة والاجازة والفسخ أمرين، أحدهما يعتبر فيه الانشاء وقصد معنى الرجوع أو الاجازة والفسخ، والثاني لا يعتبر فيه ذلك كما لا يخفىٰ، فلا وجه لما أورده على هذا بأنَّ مقتضى النص والفتوى أنَّ الرجعة شيء واحد، لا أنَّها أمران، فتدبّر وراجع، لعلك تطلع على مراده ﷺ، وغرضي ليس إلا الاشارة وإرائة الطريق.

وكيف كان فمقتضى القاعدة اعتبار الانشاء، وعلى هذا فيشكل حلية التصرفات

---

(١) جواهر الكلام ٣٢: ١٨٠.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ١٨٣.

المحرمة في غير الملك، ولو كانت بعنوان انشاء الفسخ، كالوطي والنظر واللمس ونحو ذلك، إلا بعد تحقق مقدار من المقدمات أو من اصل الفعل يكون كافياً في انشاء الفسخ به، بأنْ يكون دالاً عليه، وكذا يشكل صحة التصرفات الموقوفة على الملك كالبيع والعتق ونحوهما.

لكن التحقيق صحة ما ذكره المصنّف‌ﷺ في توجيه الثاني بأحد الوجهين، من أنّه لا دلالة في أدلة اعتبار الملكية في البيع ونحوه على أزيد من كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، فلا تعم البيع الواقع بعضه في ملك الغير، ومن أنَّ المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد، لا نفسه، وحينئذٍ فالفسخ يحصل بأول جزء من العقد، والنقل يحصل بتمامه، فيقع في الملك، وأمّا الاشكال في الحلية فيبقى بحاله، ولا بدَّ من الالتزام بحرمة المقدار الذي يحصل به الفسخ.

إلّا أنَّ يقال لا نسلّم حرمة الوطي الذي يحصل به الملك مثلاً وهكذا، بمعنى أنَّ أدلة الحرمة لا تشمل مثل هذا التصرف، فتدبّر.

أو يقال إنَّ المستفاد من أدلة الخيار وجواز الفسخ الذي قد يكون بالفعل أنَّ لذي الخيار سلطنة على هذه الافعال، وبعبارة أخرىٰ له حق في المبيع أنْ يتصرف فيه، كما يتصرف في ملكه إذا كان بعنوان الفسخ، وهذا لا يرجع إلى ما ذكره صاحب الجواهر كما لا يخفىٰ، فتدبّر.

بقي شيء: وهو أنَّ ما ذكر من عدم صحة البيع لا بقصد انشاء الفسخ، والاشكال فيه معه، وكذا حرمة التصرف لا بقصده والاشكال فيها معه، إنّما هو بناءً على مذهب المشهور من انتقال المبيع إلى المشتري في زمان الخيار، وأمّا بناءً على مذهبه فيصح التصرف ولا اشكال، لوجود الملكية، وهذا واضح.

ومن هذا يظهر حال سائر المقامات التي يجوز الفسخ مع عدم خروج المال عن ملك صاحبه، كما في الهبة قبل القبض، وبيع الصرف والسلم قبله، فانّه يجوز التصرف فيما انتقل عنه، ويكون نافذاً، ويحصل الفسخ من جهة فوات الموضوع، لا من جهة انشائه لفرض عدمه، وكذا إذا أوصى بشيء ثم باعه ولو لا بقصد

الرجوع في الوصية، أو وكل زيداً في بيع داره ثم باعه لا بقصد العزل، وهكذا في سائر الموارد، ولعل من هذا الباب مسألة الرجوع في الطلاق، حيث يظهر منهم جواز الوطي ولو لا بقصد الرجوع، بل قيل ولو مع قصد عدمه، فانَّ ذلك من جهة أنَّ المطلقة رجعية زوجة أو في حكمها في جميع الأحكام، نعم حصول الرجوع بذلك مع عدم قصده يحتاج إلى دليل؛ إذ غاية ما ذكر جواز الفعل، لا حصول الرجوع، والظاهر تحققه بذلك تعبداً؛ بملاحظة الأدلة، فراجع.

فيكون محصل الأدلة أنَّ الطلاق مقتضٍ للخروج عن الزوجية بانقضاء العدة بشرط عدم تحقق انشاء الرجوع، أو أحد هذه الافعال قبل الانقضاء، فتدبّر.

٥٩٩ ـ **قوله**ﷺ:(**فمقتضى المقابلة** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت عدم الملازمة وامكان الفرق بين المقامين.

٦٠٠ ـ **قوله**ﷺ: (**لأنَّ الفعل لا انشاء فيه** ...الخ)[٢].

أقول: لم أفهم الفرق بين القول والفعل في امكان الانشاء بهما وعدم الدلالة ممنوع، بل المفروض الدلالة، وإلا فيكف يكون كاشفاً، ولا يجب أنْ يكون دالاً على الانشاء؟! وإلا فالقول أيضاً كذلك؛ إذ كونه انشاء أو اخباراً إنَّما يستفاد من الخارج، لا من نفس اللفظ كما لا يخفىٰ.

ثم إنَّ لازم ما ذكره كون الملكية أو الاباحة في المعاطاة حاصلة بالارادة المتصلة ولا قائل به.

٦٠١ ـ **قوله**ﷺ:(**بالنسبة إلى شيئين** ...الخ)[٣].

أقول: يعني أنَّ الممنوع إنَّما هو كون الشيء الواحد فسخاً وتمليكاً بالنسبة إلى أمر واحد، فالفعل الواحد لا يعقل أنْ يكون تمليكاً وفسخاً لذلك التمليك، وأمَّا كونه فسخاً لملكية، ومحدثاً لأخرى فلا مانع منه.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٣٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٣٦.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٣٧.

قلت: لكن يشكل في المقام أيضاً من حيث إنّ كونه فسخاً موجب للتملّك، وكونه عقداً للتمليك، ولا يمكن التملّك والتمليك للغير في آنٍ واحد، إلّا أنّ يقال بما سيأتي من أنّ التملّك يحصل بالجزء الأول، والتمليك بتمام الفعل، ومثل هذا معقول بالنسبة إلى عقد واحد أيضاً، بأنْ يكون الجزء الاول منه تمليكاً وتمامه فسخاً له، فتأمل.

ثم إنّ الحكم في المقيس عليه ـ وهو التكبيرة الثانية ـ أيضاً يمكن منعه لو لم يكن اجماع، فانّه يمكن بحسب القاعدة أنْ يدعى صحة الثانية وكونها مبطلة للأولى، أمّا إذا قلنا ببطلان الصلاة بمجرد الاعراض؛ حيث إنّه ينافي الاستدامة الحكمية فواضح، وإنْ كان في الحقيقة ليس المبطل التكبيرة الثانية، وأمّا إذا لم نقل بذلك فلأنّه لا منافاة بين كون الثانية مبطلة للأولى من جهة كونها زيادة في الصلاة، مع كونها جزء للصلاة الأخرى.

فانْ قلت: لا يعقل كون شيء واحد جزءً لشيئين فعلاً، ويلزم مما ذكرت ذلك، فانّ التكبيرة الثانية جزء للصلاة الأولى؛ حيث إنّ المفروض عدم بطلانها بمجرد الاعراض، ولهذا تكون زيادة فيها، وللصلاة الأخرى حيث إنّها افتتاحها.

قلت: لا نسلّم كونها جزء للأولى، بل هي واقعة فيها، وهذا معنى زيادتها فيها، وإلا فكيف تكون افتتاحاً للأخرى، ولو قلنا بأنّ الزيادة لا تحقق إلا إذا أتي بها بقصد الجزئية فاللازم عدم الحكم بكونها مبطلة، بل الصلاة الأولى باقية على الصحة، وإنّما تبطل لعدم اتيان بقية أجزائها، ولا منافاة بين ذلك وبين صحة الثانية كما لا يخفى، فانّ للمكلف أنْ يرفع اليد عن فرد، والاتيان بآخر ولو لم يبطل الفرد الأول قبل الشروع في الثاني، فيكون بطلانه من جهة لحوق البقية، أو لأمر آخر من الفصل الطويل أو محو الصورة أو الفعل الكثير، هذا كله مع قطع النظر عن كون الثانية منهية عنها؛ من حيث استلزامها لابطال العمل، وإلا فتكون باطلة من هذه الجهة إنْ قلنا إنّ مثل هذا النهي كافٍ في الافساد.

٦٠٢ـ **قوله ﷺ: (وأنَّ الدور معي ...الخ)**(١).

أقول: لعله لأنَّ الملك وإنْ كان موقوفاً على البيع، إلا أنَّه غير موقوف على الملك، بل يكفيه كونه في حاله، والمفروض أنَّ البيع بمعنى النقل العرفي في حال الملك، فالمقام نظير توقف اللون على الجسم، وكون الجسم غير منفك عن اللون، لا بمعنى التوقف عليه، بل بمعنى أنَّه لا يكون إلا في حال اتصافه بلون، ويحتمل أنْ يكون كونه معيناً من جهة أنَّ البيع والملك مسببان عن ثالث، وهو الارادة، نظير اللبنتين المتساندتين، لكن هذا يرجع إلى دعوى كون الفسخ حاصلاً قبل التصرف بالارادة المستكشفة به.

والانصاف أنَّ الدور توقفي بناءً على عدم كون السبب في الملك الارادة المذكورة كما هو المفروض؛ إذ لا ينبغي الاشكال حينئذٍ في توقف الملك على البيع؛ حيث إنَّه فسخ فعلي، ولا يحصل الملك إلا به، والبيع أيضاً مشروط بالملك؛ لقوله ﷺ (لا بيع إلا في ملك)(٢)، فهو موقوف عليه.

فالأولى في الجواب عن الدور أنْ يقال: بما يظهر من المحكي عن الايضاح من اختلاف الطرفين، فانَّ الموقوف عليه الملك هو الجزء الأول من العقد، والموقوف على الملك تمامه، هذا إنْ جعلنا البيع بمعنى الايجاب والقبول، وإنْ جعلناه بمعنى النقل العرفي فالأمر أوضح؛ إذ النقل العرفي موقوف على الملك، وهو موقوف على الجزء الأول من العقد، لا على النقل العرفي.

نعم يشكل الحال فيما لو لم يكن الدال على الفسخ إلا تمام العقد، فانَّه حينئذٍ تصحيحاً لا يحصل الملك إلا بتمامه، وكذا لو لم يكن له جزء، بأنْ كان بالاشارة، كما في بيع الأخرس، فانَّ الملك والنقل يحصلان في آنٍ واحد، فلا يتم الوجه الأول لعدم حصول الملك قبل تمام البيع، بل ولا الوجه الثاني؛ إذ البيع حينئذٍ سبب للملك والتمليك معاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٣٨.

(٢) المستدرك ١٣: ٢٣٠، رواية ١٥٢٠٩.

وبعبارة أخرىٰ النقل العرفي والملك يكونان في عرض واحد، مع أنّه لا بدّ من تقدّم الثاني، وهذا وإنْ لم يكن دوراً؛ حيث إنّ النقل العرفي موقوف على الملك، وهو على سبب النقل ـ وهو العقد ـ لا على نفسه، إلا أنّه مشترك معه في الاستحالة، إذ يلزم عليه أنْ يكون ما في عرض الشيء في طوله، مثلاً إذا توقف «أ» على « ب » و « ب » على علة وجود « أ » وهو « جـ »، فيلزم أنْ يكون «أ» في طول «ب»؛ حيث إنّه موقوف عليه، وفي عرضه حيث إنّهما معلولان لـ«جـ»، فبوجود «جـ» يوجدان معاً، مع أنّ مقتضى التوقف أنْ يوجد « ب » قبل «أ»، فلا بدّ في الفرض المذكور إمّا من الالتزام بعدم الصحة، وإمّا من دعوى عدم توقف البيع على الملك، بل يكفيه ملك آن يملك، كما لو قلنا بجواز المبيع فيما لو قال «بع مالي لك» فالموقوف عليه البيع أحد أمرين، من الملك، أو ملك آن يملك.

فانْ قلت: لا معنى لدخول العوض في ملك غير من خرج عنه المعوض، ولازم الصحة في الفرض المذكور ذلك.

قلت: يمكن تقدير الملك حينئذٍ تصحيحاً للمطلب وتطبيقاً على القواعد، كما يقدّر في اعتق عبدك عني، لكن هذا إنّما يثمر إذا كان هناك دليل على الصحة، وأُريد تطبيقه على القواعد، وإلا فلا يمكن الحكم به بمجرد امكان تصحيحه بذلك، فتدبّر.

٦٠٣ ـ **قوله**ﷺ**:(والجزء الذي لا يتجزأ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفىٰ أنّ كل جزء لا يكفي في السببية، بل لا بدّ من أنْ يكون بمقدار يدل على إرادة الفسخ، وقد أشرنا سابقاً إلى أنّه قد لا يكون الكاشف إلا تمام العقد، فوجود الجزء الذي لا يتجزىء لا دخل له بالمطلب؛ إذ لا يكون كاشفاً قطعاً، وعلى فرضه فلا فرق بينه وبين غيره في كونه مقدماً على الملكية، فما ذكرهﷺ بقوله (أنّ غاية الأمر حينئذٍ المقارنة بينه وبين التملك) كما ترىٰ.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٣٨.

٦٠٤ ـ قوله ﷺ: (ولعل هذا معنى ما في الايضاح ...الخ)(١).

أقول: يعني به أصل التوجيه، لا خصوص الوجه الثاني منه الذي ذكره بقوله ﷺ (هذا مع أنّه يقرب أنْ يقال: إنَّ المراد ...الخ)؛ إذ كلام الايضاح قابل للحمل على كل من الوجهين، فتدبّر.

٦٠٥ ـ قوله ﷺ: (وتوهم أنَّ الفسخ إذا جاز ...الخ)(٢).

أقول: محصل غرض المتوهم أنَّ المستفاد من أدلة الخيار سلطنة صاحبه على الفسخ، ومقتضى هذا جوازه، بمعنى عدم حرمته أيضاً، فانَّ ظاهر قوله «لك الخيار» ـ أي لك الفسخ ـ أنّه لا مانع منه حتى من حيث التكليف أيضاً، لا مجرد أنّه إذا حصل يكون مؤثراً، بل هو أظهر في الاذن التكليفي من الوضعي، فيمكن أنْ يكون الوضع مستفاداً من الاذن التكليفي، نظير استفادة الحكم الوضعي من وجوب الوفاء في قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، وإذا كان كذلك فمقتضى اطلاق الجواز وشموله لكل قول كاشف أو فعل كذلك جواز مثل الوطي أيضاً، فيكون حاصل قوله «لك الفسخ» لك الوطي واللمس والبيع ونحو ذلك، غاية الأمر أنّه حينئذٍ مخصص بعموم قوله تعالى ﴿إلا ما ملكت أيمانهم﴾(٣) أو مبين لمراده، على أنْ يكون المراد إلا ما ملكت أيمانهم ولو بهذا الفعل.

والحق في الجواب أنْ يقال: إنّا نمنع الاطلاق من حيث أفراد الفسخ، ولا يشمل الفعل الذي يكون محرماً من حيث هو، أو يقال سلّمنا الاطلاق وافادته للجواز التكليفي أيضاً، إلا أنّه من حيث إنّه فسخ لا من جميع الحيثيات، فالوطي مرخص فيه من حيث إنّه فسخ، لكنه حرام من جهة عدم الملكية، فيكون قد اجتمع فيه جهتان، ويكفي في حرمته الجهة الثانية.

والحاصل: أنَّ الاطلاق مفيد للرخصة، لكن لا من جميع الحيثيات، بمعنى أنّه

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤٠.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٤٠.

(٣) المعارج، الاية ٣٠، ونص الاية ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾.

ليس ناظر إليها، فتدبّر.

وأمّا ما ذكره المصنّف‌ﷺ من كون معنى الجواز هو الوضعي دون التكليفي، فيظهر ما فيه مما ذكرنا، فتدبّر.

٦٠٦ ـ قوله‌ﷺ: (تعين حمل ذلك على حصول ...الخ)(١).

أقول: قد عرفت امكان جعله مخصصاً لذلك العموم، أو قرينة على أنّ المراد منه ما لا ينافي ذلك، فلا يتعين ما ذكره‌ﷺ.

٦٠٧ ـ قوله‌ﷺ: (وبالجملة فما اختاره ...الخ)(٢).

أقول: ليس هذا اجمالاً لما ذكره، بل مقتضى بياناته غير ذلك كما لا يخفى، ولعله مراده من قوله (وبالجملة وكيف كان) يعني هذه التوجيهات إنّما هي في محلها إلّا أنّ الأقوى ما اختاره الثانيان، فلا حاجة إلى هذه البيانات، فيكون راجعاً إلى أول المطلب.

○ فرع: لو اشترى عبداً بجارية

٦٠٨ ـ قوله‌ﷺ: (لو اشترى عبداً ...الخ)(٣).

أقول: تحقيق حال هذا الفرع يقتضي أنْ يقال: إمّا أنْ يكون المفروض صورة انشاء الفسخ والاجازة معاً، أو صورة انشاء الاجازة فقط، أو صورة انشاء الفسخ فقط، أو صورة العتق مع الغفلة عن العنوانين، أو عدم قصدهما، أو صورة صدور هذا الأمر من المشتري والجهل بكيفيته، فهل يحمل على أيهما.

أمّا الاولى فلا يتصور؛ إذ لا يمكن قصد الفسخ والاجازة بالنسبة إلى عقد واحد في زمان واحد.

وأمّا في الثانية فمقتضى القاعدة صحة عتق العبد فقط، وسقوط خياره؛ إذ عتق

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٤١.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٤١.

الجارية موقوف على قصد الفسخ، والمفروض عدمه.

وأمّا في الثالثة فالأقوى صحة كليهما وحصول الفسخ، فينتقل إلى بدل العبد؛ وذلك لأنَّ المقتضي للصحة موجود في كليهما، ولا منافاة، أمّا في الجارية فلأنَّ الفرض أنَّه له الفسخ واعتقها بهذا العنوان، وأمّا في العبد فلأنَّ صحة عتقه لا يتوقف على قصد الاجازة؛ إذ هو مملوك له فعلاً، وهذا كاف في صحته.

فانْ قلت: مقتضى حصول الفسخ خروج العبد عن ملكه، فلا يمكن معه صحة عتقه.

قلت: هذا إذا تقدم الفسخ على العتق، والمفروض مقارنتها، فيؤثر كل منهما أثره، بمعنى أنَّ الفسخ لا مانع منه، وعتق العبد أيضاً لا مانع منه، غاية الأمر أنَّه يلزم كون الفسخ مقارناً لتلف ما انتقل إليه، ولا بأس به بعد امكان الانتقال إلى المبدل.

وأمّا في الرابعة فالأقوى بطلان عتق الجارية، وصحة عتق العبد، إلا إذا قلنا إنَّ مجرد التصرف الكاشف عن الفسخ أو الاجازة كافٍ في حصولهما وإنْ لم يكن بقصد الانشاء، فحينئذٍ اللازم بطلانهما معاً، وعدم حصول شيء من الاجازة والفسخ، والظاهر أنَّ محل كلام العلماء هذه الصورة على هذا التقدير حسبما يظهر من تعليلاتهم.

وأمّا في الخامسة فالاقوى عدم الحمل على شيء منهما؛ لأنَّ المفروض أنَّ له كل منهما، فالعتق بالنسبة إلى أحدهما ظاهر في الفسخ، وإلى الآخر في الاجازة، ولا مرجح لأحدهما، فحكمهما حكم الصورة الرابعة، ويمكن أنْ يكون مورد كلامهم هذه الصورة.

والحاصل: أنَّ في هاتين الصورتين يجيء ما ذكره الفقهاء من الشقوق والوجوه، والأقوى في الشق الأول، وهو كون الخيار لخصوص المشتري الحكم ببطلانهما، وفي الثاني الحكم بصحة عتق العبد، وفي الثالث أيضاً الحكم ببطلانهما؛ لأنَّ الحق جواز التصرف في زمان خيار الآخر، فتدبّر.

٦٠٩ ـ قوله ﷺ: (ومعها يكون إجازة منه ...الخ)[١].

أقول: يعني أنَّ مع عدم الاجازة يكون عتق العبد باطلاً بناءً على المنع من التصرف في زمان الخيار، فيختص الصحة بعتق الجارية، ومع الاجازة أيضاً كذلك؛ لأنَّ هذه الاجازة من البائع اسقاط لخياره، واجازة للبيع؛ فيكون من تعارض الاجازة من جانب البائع، والفسخ من جانب المشتري، والثاني مقدم.

فانْ قلت: لا يلزم من ذلك بطلان عتق العبد، بل هو أيضاً صحيح، ويرجع إلى البدل.

ودعوى: أنَّه مستلزم لكون العتق فضولياً؛ من حيث إنَّه باطل[٢] إلى إجازة، وصحيح معها.

مدفوعة: بأنَّ الملكية حاصلة، وإنَّما المانع منافاته لحق خيار البائع، وبالاجازة يسقط حقه، فيرتفع المانع، فليس فضولياً؛ إذ هو إنَّما يكون إذا لم يكن المعتق مالكاً.

قلت: نمنع ذلك؛ إذ الاجازة من البائع لا تكون كاشفة عن الصحة من الأول، بل إنَّما تؤثر من حينها؛ لأنَّ المانع إنَّما يرتفع من ذلك الحين، فيكون الفسخ مؤثراً قبل أنْ يصح العتق، ومع تأثيره يعود العبد إلى ملك البائع، فلا يمكن تأثير الاجازة في صحته، وحينئذٍ فيكون الاجازة للعتق مؤثرة في اللزوم بالنسبة إلى البائع، وإنْ لم تكن مؤثرة في صحة العتق.

وبعبارة أخرىٰ الاجازة الفاسدة مؤثرة في سقوط الخيار، كما أنَّ التصرف الفاسد يمكن أنْ يكون فسخاً، نعم لو قلنا بكونها كاشفة عن صحة العتق من الأول ـ فانْ قلنا بكونه إجازة من المشتري أيضاً، بأنْ يكون مطلق التصرف إجازة ـ يلحقه حكم الصورة الأولى، وهي كون الخيار للمشتري فقط، كما أنَّه إذا كان العتق بالاذن السابق من البائع يكون كذلك أيضاً، هذا كله بناءً على عدم جواز التصرف في

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤٣.
(٢) هكذا في الاصل، والظاهر أنها باطل بلا اجازة.

زمان خيار البائع، وإلا فلا اشكال في لحوق حكم الصورة الأولى كما ذكره المصنّف‌ﷺ، هذا.

ولقائل أنْ يقول: يلحقه حكم الصورة الأولى مطلقاً، سواء قلنا بصحة التصرف في زمان الخيار أو لا، وسواء أجاز البائع أو لا؛ وذلك لأنَّ عتق العبد من المشتري إجازة وإنْ كان فاسداً؛ إذ كونه كذلك إنَّما هو من جهة دلالته على الرضا بالبيع، وهذه لا تتوقف على صحة العتق، فمع فساده أيضاً يكون دالاً وكاشفاً، وهو كافٍ، وإذا كان كذلك فيتعارض الفسخ والاجازة فتبطلان معاً كما في الصورة الاولى.

بقي أمور:

الأول: إذا ادَّعى ذو الخيار أنَّه فسخ فهل يسمع منه أو لا، إلّا أنَّ يقيم بينة؟ إنْ كان ذلك بعد انقضاء زمان الخيار فلا يسمع بلا بينة، وإنْ كان قبله سمع منه؛ لأنَّ من ملك شيئاً ملك الاقرار به، لكن الظاهر أنَّه يترتب عليه الأثر من حين الدعوى، لا من السابق.

الثاني: انكار البيع ليس فسخاً إذا لم يقصد به انشاءه، ولا يحمل عليه إذا شك فيه لعدم دلالته عليه، نعم ذكر الفقهاء أنَّ انكار الطلاق رجعة، لكنه من جهة النص الخاص، فلا يتعدّى منه.

الثالث: إذا صدر منه الفسخ والاجازة وشك في المتأخر منهما حتى يحكم بلغويته فالاصل عدم تقدم كل منهما، ويتعارض، ويبقى البيع بحاله لأصالة بقائه، لكن لا يبقى الخيار للعلم بسقوطه، إمَّا بالفسخ أو بالاجازة.

الرابع: إذا وكل غيره في العمل على مقتضى خياره لا يسقط بذلك سلطنته أيضاً، وحينئذٍ فانْ أجاز أحدهما وفسخ الآخر قدم المقدم مع العلم بالتاريخ، ومع الجهل يلحق بالصورة المتقدمة، بمعنى أنَّهما يتساقطان، ويبقى العقد بحاله بلا خيار، ولو علم تقارنهما فكذلك، ويحتمل تقديم عمل الموكل؛ لأنَّه لا مانع من تأثير فعله إلا عمل الوكيل، وهو ينعزل بفعل الموكل، فلا يمكن أنْ يكون معارضاً له، وليس كذلك الحال في الوليين والوكيلين إذا تقارنا، ولا في الوكيل في إجراء الصيغة إذا

قلنا بثبوت الخيار له ولموكله، فانّ كلاً منهما في عرض الآخر، بخلاف ما نحن فيه، والمسألة سيالة في غير المقام أيضاً، فتجري فيما إذا وكل في بيع داره فباعها الوكيل من زيد، وباعها الموكل من عمرو مقارناً له، فانه يمكن أنْ يقال بنفوذ عمل الموكل وعدم معارضة عمل الوكيل له، فتأمل.

الخامس: إذا باع فضولي ما انتقل إلى ذي الخيار فأجازه قبل انقضاء زمان الخيار فالظاهر أنّه مسقط لخياره، ويكون كما لو كان مباشراً للبيع، لكن سقوطه إنّما هو من حين الاجازة، لا من حين البيع، وإنْ كان البيع صحيحاً من حين الصدور؛ لأنّ المسقط إنّما هو الاجازة لا البيع، ويظهر الثمر فيما لو قلنا بكون تصرف ذي الخيار باطلاً في زمان الخيار، وكان الطرف الآخر متصرفاً فيما انتقل إليه ببيع ونحوه، فانّه لا ينفذ لكونه في زمان الخيار، وإنْ كان ذلك بعد بيع الفضولي، وإنْ قلنا إنّ الخيار ساقط من حين البيع فمقتضى القاعدة نفوذه.

وإنْ باع الفضولي ما انتقل عن ذي الخيار فانْ أجازه الطرف الآخر يكون البيع له، ويرجع ذو الخيار إلى البدل إذا فسخ بناءً على جواز التصرف في زمان الخيار لغير ذي الخيار، وإلا فيلغو إجازته، وإنْ أجازه ذو الخيار يكون البيع له، ويكون فسخاً للبيع الأول من حين الاجازة، وإنْ قلنا بكونها كاشفة عن صحة البيع الثاني من حين صدوره، لكن الأقوى عدم كونها كاشفة عن ذلك؛ لعدم كون المجيز مالكاً للمبيع حين العقد، فهو نظير ما إذا باع شيئاً ثم ملك وأجاز، فانّه لا يمكن أنْ يكون الاجازة كاشفة عن الصحة حين الصدور؛ لعدم كونه مالكاً.

وأمّا إذا أجازا معاً وفي زمان واحد، فمقتضى القاعدة كون البيع للطرف الآخر، ولكن ينفسخ البيع الأول فينتقل إلى البدل؛ وذلك لأنّ الاجازة منه كاشفة عن صحة البيع من حين صدوره، بخلاف إجازة ذي الخيار فانّها مؤثرة في الصحة من حينها، فتبقى بلا محل بالنسبة إلى صحة البيع، وأمّا بالنسبة إلى فسخ البيع الأول فلا مانع لها؛ إذ الاجازة الفاسدة أيضاً كافية في ذلك، نعم لو قلنا بكون الاجازة من ذي الخيار أيضاً كاشفة عن كون البيع له حال صدوره يكون من تعارض الاجازتين

فتتساقطان، لكن التحقيق خلافه كما عرفت.

وعلى أي حال ينفسخ البيع الأول بهذه الاجازة من ذي الخيار، ويرجع المبيع إليه هذا.

ولقائل أنْ يقول: إنَّ المقام من التعارض وإنْ كانت إحدى الاجازتين كاشفة دون الأخرى؛ وذلك لتعارض مقتضاهما؛ إذ هي من الطرف الآخر تقتضي انتقال العوض في البيع الثاني إليه من حين صدوره، ومن طرف ذي الخيار تقتضي انتقاله إليه من حينها، ولا مرجح لتقديم الأول بعد اتحاد زمان الاجازتين، فتدبّر وعليك بالتأمل في هذا الفرع، بل في جملة من المطالب المتقدمة، فانِّي لم أرَ من تعرّض لها، ولم يكن لي حالة التأمل، وإنّما صدر مني ما صدر ليكون عنواناً لمن أراد أنْ يتأمل ويتبصّر.

❑ حكم تصرف غير ذي الخيار

٦١٠ـ **قوله**ﷺ: **(من أحكام الخيار عدم جواز ...الخ)**[1].

أقول: لا بأس بالاشارة الاجمالية إلى ما هو الحق عندي في المسألة بشؤونها فأقول:

الكلام فيها في مقامات:

الأول: هل يجوز تكليفاً لغير ذي الخيار ـ أعني الطرف الآخر، وإنْ كان له أيضاً الخيار ـ التصرف المانع من استرداد العين أو لا ؟

الثاني: إذا تصرف بالنقل فهل هو نافذ أو لا ؟

الثالث: على فرض النفوذ، هل يجبر على فسخه إنْ كان له ذلك أو لا ؟

الرابع: على فرض عدم النفوذ، هل لذي الخيار الفسخ أو ينفسخ بفسخه للبيع الأول من حينه أو من أصله ؟

الخامس: بناءً على عدم جواز التصرف المفوّت، هل يمنع من التصرف الذي يكون في معرض التفويت، كالوطىء الذي هو في معرض الاستيلاد أو لا ؟

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤٤.

السادس: بناءً على المنع هل هو ممنوع عن نقل المنافع أيضاً أو لا ؟

أمّا المقام الأول ففيه وجوه وأقوال: الجواز مطلقاً، وعدمه كذلك، والفرق بين العتق و غيره، والفرق بين الخيار الأصلي والذي بجعل المتعاقدين، والفرق بين ما يكون ثابتاً بالفعل وما يكون ثابتاً فيما بعد.

والأقوى الأول بناءً على ما هو الحق من مذهب المشهور من حصول الملكية قبل انقضاء زمان الخيار؛ لعموم قاعدة السلطنة، وعدم المانع إلا ما يتخيل من تعلق حق ذي الخيار بالعين، نظير حق الرهانة، إمّا بدعوى أنّ الخيار حق في العقد، وفي العين أيضاً؛ فله حقان في عرض واحد، فلا ينافي بقاؤه بتلف العين، أو بدعوى أنّه حق في العقد ليسترد العين، لكن على وجه تعدد المطلوب، بمعنى أنّه حق فسخ العقد واسترداد العين إنْ كانت موجودة، وبدلها إنْ كانت تالفة لا على وجه التقييد ليلزم سقوطه بتلف العين.

وهذا التخيل وإنْ لم يكن بعيداً على الوجه الثاني ـ أعني تعدد المطلوب ـ لكنه غير ثابت، بل المقدر المسلّم تعلّق الحق بالعقد، فليس نظير حق الرهن، والفرق أنّ المقصود منه الوثاقة، وهي لا تحصل إلا بالتعلّق بالعين.

والحاصل: أنّ الخيار ليس أزيد من السلطنة على العقد، والزائد يحتاج إلى دليل، ولا فرق بين الخيار الأصلي والجعلي إلّا أنّ يعلم من المتعاقدين إرادة أزيد من ذلك، بأنْ اعتبرا في شرطهما للخيار ابقاء العين أيضاً، وهذا في الحقيقة راجع إلى شرطين، وإلا فلو لم يشترطا إلا الخيار فمقتضاه ما ذكرنا، والزائد يحتاج إلى جعل زائد واعتبار آخر.

فانْ قلت: يمكن أنْ يستدل على المنع بما يستدل به على مذهب الشيخ من عدم انتقال العوضين قبل انقضاء زمان الخيار؛ خصوصاً صحيحة ابن سنان (عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام

ويصير المبيع للمشتري)[١] بدعوى أنَّ مقتضاها وإنْ كان عدم الملكية، إلا أنَّا إذا لم نقل بذلك فأقرب المجازات الحمل على إرادة عدم جواز التصرف في زمان الخيار.

قلت أولاً: إنَّها مختصة ببعض الخيارات كما سيجيء إنْ شاء الله.

وثانياً: أنَّ لازم ذلك عدم جواز التصرف الغير المنافي أيضاً.

وثالثاً: أنَّ لازمه عدم جواز التصرف لذي الخيار أيضاً فيما انتقل إليه، فلا يمكن العمل بهذه الأخبار على هذا الوجه، فيكون المراد من قوله (ويصير المبيع للمشتري) أنْ يلزم البيع بحيث لم يمكن أخذه منه، والحكم بالضمان تعبدي، فتدبّر.

ثم إنَّ الفرق بين العتق وغيره مما لا وجه له أصلاً كما هو واضح، والمدار في زمان الخيار بناء على المنع على الفعلي؛ لأنَّ المناط ثبوت الحق، وهو لا يكون إلا مع فعليته دون كون العقد في عرضة الزوال كما لا يخفى، ففي مثل خيار التأخير والرؤية والغبن قبل ظهوره بناءً على كونه شرطاً لا ينبغي الاشكال في الجواز، نعم بعد تحقق الخيار يجري الحكم، وكذا إذا اشترط الخيار في زمان منفصل عن العقد، فانَّه لا ينبغي الاشكال في الجواز قبل حضوره إلا إذا كان الحق ثابتاً فعلاً، وكان المتأخر زمان العمل على طبقه.

وبالجملة: فالمدار على ثبوت الحق الفعلي، وإنْ كان بنحو الواجب المعلّق مما يكون زمان العمل متأخراً، فكل مورد ثبت ذلك يجري الحكم، وكل مورد لم يثبت لا يجري وإنْ كان المقتضي له موجوداً، فالمناط فعلية الحق دون فعلية الخيار، ودون شأنية الحق، والتحقيق ما عرفت من الجواز مطلقاً، فتدبّر.

وأمَّا المقام الثاني فنقول: أمَّا بناء على عدم جواز التصرف فمقتضى القاعدة بطلان التصرف الناقل؛ لأنَّ الوجه فيه إنَّما كان تعلق الحق بالعين، وهو مانع عن النفوذ أيضاً كما في بيع الراهن للعين المرهونة، فانَّه باطل بمعنى أنَّه غير ممضى، وهل

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٢.

يكون باطلاً صرفاً أو حاله حال الفضولي؛ فيصح بعد انقضاء زمان الخيار مع الاجازة، أو يصح من ذلك الحين بلا إجازة؛ فيكون معنى بطلانه كونه مراعى بانقضاء الخيار، بلا فسخ، وجوه ذكروها في باب الرهن إذا باع الراهن ثم انفك الرهن.

والأقوى الأول؛ لأنّ البيع حين صدوره كان مع المانع، ولازمه بطلانه؛ إذ مقتضاه التأثير من حينه، ولا يمكن ذلك بالفرض، وكونه مراعى مستلزم لتخلّف المعلول عن العلة، والفرق بينه وبين الفضولي واضح، وتمام الكلام في مقام آخر.

فانْ قلت: تعلق حق ذي الخيار بالعين بمجرده لا يقتضي البطلان، بل إنّما السر فيه هو التفوّيت عليه إذا أراد الاسترداد، ولازم هذا البطلان إذا فسخ، لا البطلان على كل تقدير، فانه إذا أسقط خياره بعد البيع، أو انقضى الزمان ولم يعمل به فلا يلزم من صحة البيع تفويت عليه، فمقتضى القاعدة أنْ يقال إذا فسخ يكشف عن بطلان البيع، وإذا لم يفسخ يكشف عن الصحة من الأول؛ لعدم المانع الذي هو التفويت في علم الله.

قلت أولاً: أنَّ مقتضى ما ذكرت أنْ يكون باب الرهن والاستيلاد أيضاً كذلك، بأنْ يحكم بصحة البيع إذا فرض فك الرهن فيما سيأتي، أو موت الولد أو عدم ارثه من أبيه، مع أنَّ الظاهر عدم التزامهم به.

إلاأنْ يقال: إنَّ ذلك من جهة كون الحكم في المقامين ليس من جهة تعلّق الحق فقط، بل التعبد أيضاً موجود، بخلاف المقام فانَّ المفروض أنّه لا دليل سوى تعلق الحق، ومقتضاه ما ذكرو فيه أنَّ الظاهر من الفقهاء أنَّ مقتضى تعلق الحق ذلك؛ بحيث لو لم يكن دليل تعبدي كان الحكم كذلك أيضاً.

ثانياً: نقول إنَّ نفس الخيار المفروض تعلّقه بالعين مانع عن نفوذ المعاملة، مع قطع النظر عن التفوّيت ولزوم الضرر؛ فانّه إذا فرض تعلّق الحق بالعين فيكون لصاحبه سلطنة عليها بالاسترداد إذا أراد نفوذ المعاملة من حين صدورها موجب لفوات هذه السلطنة، وإنْ لم يترتب عليه ضرر على ذي الحق، فانَّ تفويت هذا

المقدار من السلطنة كافٍ في المانعية؛ لأنَّه إذا فرض تأثير المعاملة من حينها، مع فرض عدم الفسخ فيما سيأتي، فيرتفع السلطنة المفروضة من ذلك الحين، وهذا غير جائز، ألا ترىٰ أنَّه لا يجوز التصرف في مال الغير ولا ينفذ وإنْ لم يستلزم ضرراً عليه، بأنْ يكون بحيث لا تصل يده إليه، بل ولو فرض اعراضه عنه بعد ذلك، وقلنا بكون الاعراض مخرجاً عن ملكه، فانَّ كون التصرف مزاحماً لهذه السلطنة كافٍ في عدم الجواز وعدم النفوذ.

والحاصل: أنَّ الناس مسلطون على أموالهم وحقوقهم، ولا يجوز التصرف فيها بما ينافي سلطنتهم، وإنْ لم يترتب عليه ضرر أصلاً، هذا كله بناءً على كون المنع من جهة تعلق الحق بالعين.

وأمَّا إذا قلنا به من باب التعبد مع فرض عدم التعلق بها فمقتضى القاعدة صحة التصرف؛ إذ النهي عنه لا يوجب الفساد؛ لأنَّه متعلق بعنوان آخر غير المعاملة متحد معها، إذ النهي هو التصرف المانع من الاسترداد حين الفسخ، لا البيع بما هو بيع، بل يمكن أنْ يقال بعدم امكان ايجابه الفساد؛ لأنَّه يستلزم عدمه؛ لأنَّ المفروض أنَّ المحرم عنوان المانع، وإذا كان فاسداً لا يكون مانعاً، فيلزم من الحرمة عدمها، نظير ما قد يقال في مسألة حرمة السفر بعد الزوال يوم الجمعة لاستلزامه تفويت صلاتها؛ حيث يقال لا يمكن أنْ يقال بالحرمة من هذه الجهة؛ لأنَّ الحرام حينئذٍ عنوان التفويت، ويلزم من الحرمة عدمه؛ لأنَّه إذا صار السفر حراماً لا تسقط الجمعة، فانَّها إنَّما تسقط في غير سفر المعصية، وإذا لم يلزم التفويت فلا يحرم، فيلزم من الحرمة عدم الحرمة.

إلّا أنَّ يقال في المقامين إنَّ المحرم هو الذي يكون مفوِّتاً من حيث هو وإنْ لم يكن كذلك من جهة تعلق الحرمة به، لكن على هذا يخرج عن الفرض؛ لأنَّ المفروض كون المحرم عنوان التفويت، وبعبارة أخرىٰ المفوِّت الفعلي، لا ما من شأنه أنْ يفوت مع قطع النظر عن النهي، فهذا التوجيه إنَّما يتم إذا كان هناك دليل مطلق في الحرمة فيوجه بذلك، وأمَّا إذا أريد اثبات ذلك بحسب القاعدة فهو

مشكل، ففيما نحن فيه نقول إنّ الدليل إنّما دلّ على عدم جواز تفويت العين، والبيع بناءً على كونه فاسداً على فرض الحرمة لا يمكن أنْ يدخل في هذا العنوان، فلا يشمله الدليل، نعم بعد فرض شموله له وتسليم حرمته لا بدّ من التوجيه المذكور.

والتحقيق ما عرفت من عدم كون النهي المتعلق، لا بعنوان المعاملة مستلزماً للفساد، ثم إنّ هذا كله على القول بعدم جواز التصرف.

وأمّا على المختار من الجواز فمقتضى القاعدة نفوذ التصرف ولزومه إنْ كان لازماً، وعدم انفساخه بفسخ البيع الأول؛ لشمول أدلته وعدم المانع.

ودعوى أنّ البيع الثاني مثلاً متفرع على البيع الأول، فبفسخه ينفسخ الثاني أيضاً مدفوعة بأنّه متفرّع على صحة البيع الأول وعدم انفساخه حين البيع الثاني، لا على بقائه إلى الأبد، فانّ ملكية المبيع آناً ما يكفي في جواز تمليكه وإنْ زالت بعد التمليك؛ إذ هو بمنزلة تلفه، وهذا واضحٌ جداً.

وأمّا المقام الثالث فالاقوى فيه الاجبار على فسخ العقد إذا كان جائزاً؛ وذلك لأنّ مقتضى الفسخ رجوع العوضين إلى مالكهما، فانْ كانا موجودين فيجب دفع نفسهما، وإلا فبدلهما، وفي المقام وإنْ لم تكن العين موجودة؛ لأنّها خرجت عن ملك المفسوخ عليه، إلّا أنّ مقتضى رجوع نفسها إلى الفاسخ وجوب دفعها مع الامكان، وغرضي من رجوع نفسها أنّ ما على المفسوخ عليه إنّما هو نفس ما وقع عليه العقد وإنْ كان تالفاً، ففي حال التلف أيضاً يقال إنّه يضمن نفس العين، بمعنى أنّها في عهدته لا بدلها، وإنّما يعطي البدل في مقام تفريغ الذمة، وهذا كما في سائر الضمانات، فانّ التحقيق على ما بيّن في محله أنّ ما في عهدة الضامن من نفس العين في جميع المقامات، حتى في القيميات، وإنّما الانتقال إلى البدل، وهو المثل أو القيمة من باب أنّه القدر الميسور من ردها، لا أنّ الذمة تشتغل حين التلف بالمثل أو القيمة أولاً وبالذات، ويتفرّع على ما ذكرنا وجوب قيمة يوم الدفع كما لا يخفى.

والحاصل: أنَّ العقد إذا انحل يرجع نفس العوض، فانْ كان موجوداً فهو، والا فيقدّر موجوداً في ذمة المفسوخ عليه، فهو المأمور بدفعه، وإذا فرض امكان تحصيله مع تلفه وجب مقدماً على اعطاء بدله.

ومن ذلك يظهر أنَّه إذا كان العقد لازماً وأمكنه الاقالة أو الشراء ثانياً من دون ضرر عليه وجب ذلك، ولا يختص الاجبار بصورة جواز العقد.

وبالجملة فالمقام نظير ضمان الحيلولة، والفرق الذي ذكره المصنّف من أنَّ العين في ذلك المقام مملوك للمضمون له، بخلاف المقام إنَّما يتم بناء على كون الذمة مشغولة بالبدل أولاً فيما لو كانت تالفة، وأمَّا على ما ذكرنا من اشتغالها بنفس العين مطلقاً فلا، والتحقيق ما ذكرنا، كيف؟ ولو كان كما ذكره ﷺ يلزم رجوع غير ما وقع عليه العقد بالفسخ؛ لأنَّ البدل لم يقع عليه العقد، فكيف ينتقل إلى الفاسخ أولاً؟! فعلم انه لا مناص عما ذكرنا من كون ما في الذمة نفس العين، ولازمه ما ذكرنا، فتدبّر.

وأمَّا المقام الرابع فالأقوى بناءً على عدم النفوذ هو الانفساخ من حين فسخ العقد الأول؛ وذلك لأنَّ الوجه فيه بناءً عليه هو تفرّع العقد الثاني على الأول، ولازم ذلك انحلاله من حين انحلاله، لا من الأول، ولا كون أمره بيده؛ إذ لا دليل على خياره في العقد الثاني الذي ليس له، غاية الأمر كون أمره بيده من جهة تفرّعه على ما أمره بيده، وليس لازمه كونه مختاراً فيه مستقلاً، بحيث كان له أنْ يفسخه بعد فسخ الأول، وكان له أنْ لا يفسخ، وبعبارة أخرىٰ خياره في الثاني إنَّما هو عين خياره في الأول بناءً على التفرّع، لا أنْ يكون له من جهة ذلك الخيار خيار آخر في الثاني، وهذا واضحٌ جداً.

وكذا الحال إذا جعلنا الوجه في عدم النفوذ كون لازم الفسخ رجوع نفس العوض إلى مالكه، بدعوى أنَّ مقتضاه الانفساخ بفسخ الأول؛ لأنَّ العقد الواقع عليه إذا انحل فيرجع إلى مالكه الأول، ولازمه بطلان الثاني وانحلاله؛ إذ بناءً على كون الوجه في عدم النفوذ ذلك نقول على فرض تماميته لازمه الانفساخ من حين فسخ

الأول، لا من الأصل.

وأمّا ما نقله المصنّفﷺ عن بعض معاصريه من الاحتجاج على الانفساخ من الأصل فجوابه أنّا سلّمنا أنّ لازم الفسخ تلقّي كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين، إلا أنّه إذا لم يمكن ذلك كما في المقام لا بدّ من تقديره، فنقول إنّ فسخ الأول يقتضي انفساخ الثاني، بمعنى رجوع العوض إلى البائع الثاني أولاً، ثم البائع الأول، فيقدّر ملكيته له أولاً، ثم ملكية البائع الأول، أو نقول بذلك حقيقة آناً ما جمعاً بين القواعد، كما يقال مثله في «بع مالي لك» و«اعتق عبدك عني».

والحاصل: أنّ التفضي عن هذا الاشكال ليس منحصراً في التزام بطلان العقد الثاني من حين صدوره، بل يمكن بما ذكرنا من الملك التقديري أو آناً ما.

فانْ قلت: إذا كان كذلك فما المعين لما ذكرت؛ إذ الأمر يدور بين بطلانه من الأصل أو من حين الفسخ على الوجه الذي ذكرت، وكلاهما مخالفاً للقاعدة، ولا مرجح، فرجع إلى الأصل، ومقتضاه عدم صحة العقد الثاني، وعدم ترتب الأثر عليه.

قلت: المفروض أنّ العقد الثاني لا مانع منه حين صدوره؛ لأنّ البائع مالك ومسلط على ماله، ويشمله عموم «أوفوا» و«أحل الله البيع» ونحوهما، نعم إذا فسخ العقد الأول لا بدّ من انفساخه على الفرض، وإذا لم يمكن الحكم به على حسب مقتضاه من رجوع العوض إلى البائع الثاني؛ لأنّ المفروض رجوعه إلى الأول بمقتضى فسخه للاول، فنلتزم بالتقدير أو الرجوع إليه آناً ما.

والحاصل: أنّ الذي ألجأنا إلى ارتكاب خلاف القاعدة هو ذلك، وإلا فالصحة من الأول لا مانع منها، ولا داعي إلى عدم الالتزام بها، فرفع الاشكال وإنْ كان يمكن بأحد أمرين مما ذكرنا وما ذكره إلّا أنّ مقتضى القاعدة ما ذكرنا؛ لأنّ الموجب للاشكال هو كون الفسخ مقتضياً لما ذكر، فلا بدّ من ارتكاب خلاف القاعدة فيه، لا في أصل البيع الذي لم يكن له مانع حين صدوره.

ودعوى: أنّ صحة البيع من الأول لما كانت مستلزمة لهذا المحذور حين الفسخ

فلا يمكن الحكم بها فنقول: إنَّ الفسخ المتأخر مانع عن البيع من حين صدوره، فما ذكرت من عدم المانع له حينه ممنوع، فصح أنَّ الأمر دائر بين الأمرين، ولا مرجح في البين، وفي مثل اعتق عبدك عني أو بع مالي لك أيضاً وإنْ كان الأمر دائراً بين الأمرين من رفع اليد عما دلَّ على اشتراط العتق أو البيع بالملك أو الالتـزام بالملك التقديري، إلّا أنَّ التـرجـيح للـثاني؛ لأنَّ دليـل اشـتراط المـلكية لا يـقبل التخصيص، وإلا فحاله حال المقام، وهذا بخلاف المقام لعدم المرجح.

مـدفوعة: بأنَّ المرجح في المقام أيضاً ما ذكرنا من عدم وجـود المـانع حـين الصدور فيعمل البيع عمله، ثم إذا فسخ وجد المحذور لا بدَّ من رفعه في مقامه بارتكاب خلاف القاعدة فيه من الملك التقديري، وكون الفسخ المتأخر مانعاً عن الصحة الأولية ممنوع؛ إذ لا دليل عليه، وما ذكرنا نظير ما نقول به في مسألة العجز عن القيام في الصلاة، إذا فرضنا أنَّه عاجز عن القيام في تمام الصلاة لكنه قادر عليه في ركعتين منها ليس له أنْ يجلس في الاولبين ويقوم في الأخيرتين، بل عليه أنْ يقوم إلى أنْ يحصل العجز، فيتعين القيام في الأوليين، ولا يقال إنَّه مكلف بالقيام في مجموع الأربع ركعات، ولا يقدر على ذلك فله أنْ يجعل القدر المقدور في أول الصلاة أو آخرها، هذا.

والانصاف أنَّ المسألة بعد فـي قـالب الاشكـال، والأولى فـي الجـواب عـن الاحتجاج وجه آخر توضيحه يتم بأمرين:

أحدهما: أنَّ مقتضى الفسخ ليس أزيد من رجوع العوضين إلى مالكهما الأول، ولا يلزم أنْ يخرج كل منهما ممن دخل في ملكه الآخر، فـهذا ليس مـعتبراً فـي حقيقة الفسخ؛ وذلك لأنَّه عبارة عن حل العقد، وارجاع كل عوض إلى مالكه وإنْ لم يكن خارجاً عن ملك الأخر، فاذا فرضنا أنَّ أحد المتعاقدين ألقى ما انتقل إليه في موضع وأعرض عنه، وقلنا إنَّ الاعراض مخرج عن الملك، ثم فسخ الآخر قبل أنْ يأخذه أخذ يرجع إليه ذلك الملقى، ويرجع العوض الآخر إلى الآخر، مع أنَّ الأول لم يخرج عن ملك الثاني؛ لفرض خروجه عن ملكه بالاعراض، فيعلم من

ذلك أنّ ذلك ليس داخلاً في ماهية الفسخ.

الثاني: أنّ البطلان غير الانفساخ، بل هو أمر آخر، وحقيقته مجرد عدم استمرار المعاملة، فلا يلزم فيه دخول العوض في ملك مالكه الأول أيضاً، ويمكن أنْ يجعل من هذا الباب التلف قبل القبض؛ بدعوى أنّه موجب للبطلان، لا الانفساخ، فلو تلف المبيع قبل قبضه يرجع الثمن إلى المشتري، ولا يدخل المبيع في ملك البائع، ولا حاجة إلى تقدير ذلك قبل التلف كما هو المشهور في ألسنتهم، وبالجملة البطلان ليس حلاً للعقد، بل هو عبارة عن عدم ترتب الأثر عليه.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنّ المحذور المذكور وارد بالنسبة إلى كلا البيعين؛ إذ مع فسخ الأول وانفساخ الثاني وعود المبيع إلى البائع الأول يلزم دخوله في ملك الأول، مع أنّ عوضه في البيع الثاني يرجع إلى المشتري الثاني، وعوضه في البيع الأول يرجع إلى المشتري الأول، وهو البائع الثاني، فيلزم الاشكال في كل من الفسخ والانفساخ.

ولنا أنْ نقول: إذا فسخ البيع الأول الذي يلزم منه انفساخ الثاني أنّه بالنسبة إلى الثاني بطلان، لا انفساخ، فلا محذور في كون المعوض فيه داخلاً في ملك غير من يخرج عنه العوض؛ حيث إنّ العوض الذي هو الثمن يخرج عن البائع الثاني، ولا يرجع إليه المعوض؛ لما عرفت من عدم كون ذلك معتبراً في حقيقة البطلان، وأمّا رجوع العوض إلى المشتري الثاني فهو من جهة أنّه ماله، وإذا بطل بيعه وخرج المعوض عن يده يرجع إلى عوضه الذي أخذه البائع الثاني، فانْ كان موجوداً أخذه، وإلا أخذ بدله.

وأمّا البائع الثاني فليس له الرجوع على المشتري بأخذ عوض ما أعطاه؛ لأنّه أعطى ما لم يسلم له، فكأنّه لم يكن مالكاً له، وباع مال غيره، إنْ كان موجوداً، وبدله إنْ كان تالفاً.

وأمّا بالنسبة إلى البيع الأول فهو فسخ، والاشكال مرتفع؛ إذ رجع كل من العوضين إلى مالكهما السابق؛ لأنّ المعوض كان هو المبيع الذي صار عند

المشتري الثاني، وقد رجع إلى مالكه، وهو البائع الأول، والعوض ـ الذي هو الثمن ـ رجع إلى المشتري الأول، ولا يضر عدم جواز خروج المعوض عن ملكه، بل عن ملك المشتري الثاني؛ لما عرفت من عدم كون ذلك داخلاً في حقيقة الفسخ، هكذا ينبغي تحقيق المقام.

هذا، وقد يختلج ببالي امكان الاستكشاف في كون مقتضى المعاوضة أيضاً دخول كل من العوضين ملك في مالك الآخر؛ حتى يكون مثل قوله «بع مالي لك» على خلاف القاعدة، ومحتاجاً إلى تقدير الملك، وحينئذٍ فيرتفع الاشكال في الفسخ الذي هو حل المبادلة بالأولى؛ وذلك بأنْ يقال إنَّ معنى المبادلة في بادىء النظر وإنْ كان جعل كل في موضع الآخر، ولا موضع لهما إلا ملك مالكهما، إلا أنّه يمكن أنْ يقال بامكان تصوير جعل البدلية في عالم الاعتبار بلا ملاحظة محل وموضع، فيدعى أنَّ حقيقة المبادلة المقابلة، ولازم اطلاقها رجوع كل إلى مالك الآخر، لكن إذا قيد بكون الغير مالك الآخر جاز، ولا مانع منه.

ويؤيده عدم إباء العرف عن صدق البيع والمبادلة في بيع مال الغير لنفسه باذنه، من دون أنْ يقدروا الملكية له، أو يلتزموا بكونه له آناً ما، فتأمل.

ثم إنَّ ما ذكرنا من أنَّ مقتضى القاعدة بناءً على عدم النفوذ هو الانفساخ من حين الفسخ، لا من الأصل، إنّما يتم فيما يقبل ذلك، وأمّا مثل العتق الذي لا يمكن فيه ذلك؛ لعدم امكان عود الحر رقاً فيشكل الحال فيه، ويدور الأمر فيه بين الحكم ببطلانه من الأول، أو إلحاقه بالتلف، والحكم بنفوذه، ونحن في سعة من هذا الاشكال؛ حيث قلنا بالنفوذ مطلقاً، وفي جميع التصرفات.

وأمّا المقام الخامس فنقول: إذا قلنا إنَّ حق الخيار مقدم على حق الاستيلاد فلا اشكال في جواز الوطيء؛ لعدم مزاحمته حق صاحبه، وإنْ قلنا بتقديم الثاني ففي جوازه بناءً على عدم جواز التصرف المانع من الرد قولان كما نقلهما المصنّف ﷺ، يمكن أنْ يوجه الأول بأنَّ الممنوع من التصرف ما يكون مانعاً من الاسترداد في الواقع، إمّا لأنَّ مقتضى تعلق الحق ليس أزيد من ذلك، وإمّا لكون المنع تعبدياً،

وموضوعه ما ذكر.

وعلى أي حال إذا شك في كون الوطىء موجباً للاستيلاد أو لا، فيشك في كونه مانعاً؛ فمقتضى الأصل جوازه؛ لعموم دليل السلطنة، والشك في المانع، هذا بناءً على جواز التمسك في العموم في الشبهة المصداقية مطلقاً، أو إذا كان عنوان المخصص من قبيل المانع، وإلا فيرجع إلى أصل البراءة.

وربما يتخيل جواز إجراء الاستصحاب أيضاً، فانَّ الأصل عدم حصول الاستيلاد بهذا الوطىء، لكنه مشكل من جهة أنَّه لا يثبت أنَّ هذا الوطىء غير مانع، وإنْ أريد أصالة عدم إحداثه للاستيلاد فليس له حالة سابقة كما لا يخفىٰ؛ إذ الشك إنَّما هو في أنَّه متصف بكونه موجباً أو لا، وليس للاتصاف حالة سابقة عدمية إلا حين عدم وجود الموصوف، فهو نظير ما إذا أريد اثبات عدم كرية الماء الموجود دفعة باصالة عدمها، وهذا مما لا مجرى له، فتدبّر.

ويمكن أنْ يوجه الثاني بأنَّ الممنوع هو ما يكون مزاحماً لحق الخيار فعلاً، وفي نظر العرف، والوطىء الذي هو معرض للاستيلاد، بمعنى أنَّه موجب له ظناً يعدُّ في العرف مزاحماً للحق المتعلق بالعين، وإنْ كان المنع من الاسترداد مشكوكاً فالمدار ليس على عدم امكان الاسترداد واقعاً على صدق المزاحمة للحق الموجود فعلاً، وهو الخيار، فتدبّر.

ويمكن أنْ يوجه بوجه آخر، وهو أنْ يقال لما كان المنع من التصرف من جهة تعلق الحق بالعين نقول مقتضى ذلك أنْ لا يجوز التصرف فيها بوجه من الوجوه، ولو لم يكن مزاحماً للاسترداد؛ وذلك لأنَّها تصير متعلقة لحقه، والتصرف فيها تصرف في ذلك المتعلق، فلا بدَّ أنْ يكون باذنه؛ إذ الحق مرتبة ضعيفة من الملك، فكأنَّه مالك للعين بهذا المقدار، وكما لا يجوز التصرف في متعلق ملك الغير وإنْ لم يكن مزاحماً لسلطنته من سائر الجهات، بل يعدُّ نفس هذا التصرف مزاحماً، فكذا في الحق؛ ولذا يجوز للمرتهن أنْ يمنع غير الراهن أيضاً عن التصرف في العين المرهونة، وإنْ لم يكن منافياً للاستيثاق بالعين، لا من باب الأمر بالمعروف،

بل من جهة أنّه تصرف في متعلق حقه، فلو لا الدليل الخارجي قلنا بعدم جواز التصرفات الغير المنافية أيضاً في زمان الخيار، إلا أنّه خرج ما خرج، وبقي الباقي، هذا.

ولكن الانصاف عدم تمامية شيء من الوجهين:

أمّا الأول فلأنّ القدر المسلم منه ما إذا كان حصول الاستيلاد مظنوناً بالظن القريب من العلم؛ بحيث يعد علماً في العادة، والكلام في أعم من ذلك.

وأمّا الثاني فلأنّ تعلق الحق بالعين وكونه مرتبة ضعيفة من الملك، وإنْ كان مسلماً، إلّا أنّ القدر المسلّم من عدم جواز التصرف في متعلق الحق إنّما هو التصرف المزاحم للجهة التي له تعلق بها من تلك الجهة، لا مطلقاً، وقياسه على الملك في غير محله؛ إذ العلقة التي تسمى ملكاً عبارة عن الاستيلاء على العين بجميع شؤون التسلطات، ومنها المنع عن مثل وضع اليد على ثوبه، وإنْ لم يزاحمه، وإمّا في الحق فهو مسلط عليها بما يناسب ذلك الحق، لا مطلقاً، بل في الملك أيضاً إذا فرضنا الشك في سعة دائرته بالنسبة إلى بعض الجهات لا نقول به؛ إذ يمكن كون بعض الشؤون خارجاً عن تلك العلقة، والمملوكات متفاوتة في ذلك؛ ففي مثل الصحارى الواسعة يمكن أنْ يقال ليس مسلطاً على المنع عن استطراقها أو الجلوس عليها، ومثل جدار الدار يمكن أنْ يقال لا يجوز له منع الغير عن مسه بيده أو ثوبه من ورائه، كما إذا كان ماشياً في الشارع ويمس الجدار بيده أو ثوبه أو يضعها عليه.

والحاصل: أنّ الملكية عبارة عن السلطنة على العين، فقد تكون عامة لجميع الأنحاء، وقد تكون قاصرة عن شمول بعضها، وهذا مختلف في المقامات، فتحصّل أنّ العلقتين كلتيهما متعلقتان بالعين، ولصاحبهما اختصاص بها يجوّز ذلك الاختصاص منع الغير عن التصرف فيها، لكن من الجهة التي له علقة بها، ولا يكفي الاختصاص باعتبار جهة في المنع عن التصرف الغير المزاحم لها، إلّا أنّ في الحق ليس الاختصاص عاماً، بخلاف الملك فانّ الاختصاص فيه عام، ولو فرض

عدم عمومه ـ كما في الفرض الذي ذكرنا ـ فليس له المنع؛ إذ ليس له تلك السلطنة، ولو فرض العموم في الحق أيضاً كان كالملك، كما في حق التحجير المتعلق بأرض، فانَّه لا فرق بينه وبين كونه مالكاً لتلك الأرض، فكما له المنع عنه على فرض الملكية له المنع على فرض ثبوت الحق، ففيما نحن فيه ليس له إلا حق الاسترداد عند الفسخ بناءً على تعلقه بالعين، فليس له المنع عن غير المنافي، والمفروض أنَّ الوطىء غير معلوم كونه داخلاً في موضوع المنافي، فلا مانع منه، فالأقوى هو القول الأول، هذا.

وأمّا الوطىء المعلوم كونه موجباً للاستيلاد فلا اشكال في كونه ممنوعاً بناءً على القول بعدم جواز التصرف المانع، ولا يجدي احتمال موت الولد أو نحو ذلك من مجوزات البيع في جوازه؛ إذ الاستيلاد مانع فعلي عن الاسترداد، فهو نظير الرهن الذي يمكن فكه بعد ذلك، فانَّه أيضاً لا اشكال في كونه مانعاً، فهو ممنوع، واحتمال الفك قبل الاسترداد لا ينفع كما هو واضح.

وأمّا العارية والوديعة فالظاهر عدم المنع عنهما؛ لعدم كونهما مانعين.

وأمّا المقام السادس فلا يخفى أنَّ الكلام في نقل المنافع من جهتين:

إحداهما: ما هو المناسب للمقام من أنَّه هل يجوز ذلك في زمن الخيار أو لا؟ وعلى التقديرن هل ينفذ أو لا؟ حسبما عرفت في سائر التصرفات المانعة، والأقوى أنَّ حاله حالها في جميع ما تقدم؛ لأنَّه لا فرق بين كون المانع من الاسترداد من جهة نقل عينه أو من جهة نقل منافعه بعد كون مالكها مسلّطاً على العين لاستيفائها، سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة.

الثانية: أنَّه لو قلنا بجواز نقلها أو كان باذن ذي الخيار فهل يبطل ذلك بفسخ العقد الأول؛ لأنَّ ملك المنافع تابع لملك العين أو لا؟ بل العين ترجع إلى الفاسخ مسلوبة المنفعة، فالبطلان على هذا ليس لأجل ما سبق من كون العقد الثاني متفرّعاً على الأول، وبفسخه ينفسخ الثاني أيضاً من حينه أو من أصله، بل من جهة تبعية المنفعة للعين؛ ولذا يجري ولو في صورة الاذن من ذي الخيار، ويعلم من ذلك أنَّ

بين نفوذ الاجازة وعدم انفساخها بفسخ العقد ونفوذ سائر التصرفات وعدم انفساخها به عموماً من وجه؛ إذ يمكن القول بالانفساخ في المقامين، ويمكن القول به هناك وعدم القول به هنا؛ من جهة عدم عدّ الاجازة من التصرفات الممنوعة، كما هو أحد الوجهين في كلام المصنّف ﷺ، فلا تبطل الاجازة، بل تعود العين مسلوبة المنفعة، ويمكن العكس؛ بدعوى أنَّ البطلان في المقام من جهة التبعية، هذا.

والكلام من الجهة الثانية سيأتي.

ومن الجهة الأولى فالأقوى ما عرفت من أنَّه كسائر التصرفات المانعة، نعم لو قلنا في الجهة الثانية ببطلان النقل ولو كان بالاذن من جهة التبعية فاللازم أنْ نقول بعدم المنع، وإنْ قلنا به في سائر التصرفات؛ لأنَّه على هذا لا يكون مانعاً من الاسترداد كما هو واضح.

بقي شيء: وهو أنَّك قد عرفت في المقام الأول أنَّ القول بالمنع مبني على كون الحق متعلِّقاً بالعين وعدمه، وأنَّه على الأول فاللازم المنع، ومقتضى هذا المنع من تصرف الوارث في التركة مع الدين المستغرق؛ لمعلومية تعلّق حق الديّان بها، وكذا في حق الشفعة فانَّه متعلق بالعين، مع أنَّ الظاهر اتفاقهم على جواز تصرف الورثة فيها بناءً على القول بانتقالها إليهم، غاية الأمر أنَّهم لو لم يؤدوا الدين من موضع آخر للديّان أنْ يبطلوا تصرفاتهم، فهي نافذة على فرض أداء الدين، وكذا ذكروا في الشفعة أنَّه يجوز للمشتري أنْ ينقل الشقص إلى الغير بغير إذن الشفيع، نعم له إبطاله والأخذ بها، ولازم هذا أنْ يقال في المقام أيضاً بجواز التصرف ونفوذه على فرض عدم الفسخ، نعم لو فسخ يجوز له ابطاله، وعليك بالتأمل والتتبع، هذا ما اقتضته العجالة، ولولا خوف الاطالة لأوسعت المقالة.

٦١١ ـ **قوله ﷺ: (وعن جماعة في مسألة وجوب ...الخ)**[١].

أقول: حكي عن فوائد الشرائع أنَّه قال (ولقائل أنْ يقول أين تمامية الملك

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤٥.

والمشتري ممنوع من كثير من التصرفات، وفي ذلك أنَّ المتجه قول الشيخ) وذكر في وجهه عدم جواز التصرف في زمان الخيار، لا ما ذكره الشيخ من عدم الملكية، وكذا عن المدارك وشرح المفاتيح للبهبهاني هذا، ولكن ظاهر الأكثر ما ينقله المصنّف‌ﷺ عن الشرائع، فراجع.

٦١٢ ـ **قوله‌ﷺ: (بل ظاهر المحكي عن الجامع** ...الخ)[1].

أقول: مجرد اقتصار الجامع على نقل القولين ليس ظاهراً في عدم قول ثالث؛ حتى يكون ظاهراً في عدم الخلاف بناءً على القول بالانتقال بمجرد العقد، فتدبّر.

٦١٣ ـ **قوله‌ﷺ: (بل ظاهره عدم الخلاف** ...الخ)[2].

أقول: وذلك لأنَّه بنى المسألة على القولين من الانتقال وعدمه، وعلل مختاره بحصول الملكية.

٦١٤ ـ **قوله‌ﷺ: (على وجه يظهر منه أنَّ المصنّف** ...الخ)[3].

أقول: لم أفهم وجه الظهور؛ فانَّه لا أشارة في كلامه إلى أنَّ المصنّف معترف بمنشأ الاشكال، فانَّه في باب الرهن في شرح قول المصنّف (ويصح الرهن في زمان الخيار سواء كان للبائع أو للمشتري أو لهما؛ لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه) قال (مقتضى التعليل أنَّ الراهن هو المشتري بناءً على انتقال الملك إليه، وإنْ كان ثم خيار، خلافاً للشيخ؛ حيث حكم بعدم انتقال الملك إليه لو كان الخيار للبائع أو لهما، ويشكل حينئذٍ جواز رهن المشتري في الصورتين وإنْ قلنا بملكه؛ لما فيه من التعرّض لابطال حق البائع، ومثله بيعه وما أشبهه من الأمور الناقلة للملك، وتحرير المسألة يحتاج إلى التطويل، نعم لو كان الخيار له خاصة فلا اشكال، ويكون الرهن مبطلاً للخيار، وكذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٤٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٤٥.

لهما، ويكون فسخاً للبيع)[١] انتهى.

وفي باب الزكاة أيضاً لم يزد على الاشكال شيئاً؛ حيث إنَّه في ضمن شرح قول المصنّف (ولو اشترى نصاباً جرى في الحول من حين العقد، لا بعد الثلاثة، ولو شرط البائع أو هما خياراً زائداً على الثلاثة مبني على القول بانتقال الملك، والوجه أنَّه من حين العقد) قال (ويشكل بأنَّ الخيار متى كان للبائع أو لهما منع المشتري من التصرفات المنافية للخيار، كالبيع والهبة والرهن والاجازة ونحوها، وذلك ينافي تمامية الملك، فيصير كالوقف ونحوه مما يبيح التصرف بالانتفاع دون النقل عن الملك، ويتجه هنا قول الشيخ)[٢] انتهى.

٦١٥ ـ **قوله**ؒ: **(بما لا يخلو عن تكلف ...الخ)**[٣].

أقول: قال في اللمعة (ويصح الرهن في زمن الخيار وإنْ كان للبائع؛ لانتقال المبيع بالعقد على الأقوى) وظاهره أنَّه يجوز للمشتري أنْ يرهن المبيع، ولو كان في زمان خيار البائع، وحمله في الروضة[٤] على أخذ الرهن من المشتري على الثمن الذي في ذمته؛ فيكون المراد أنَّه يجوز ذلك لاشتغال ذمته به بناءً على انتقال المبيع بمجرد العقد، بخلافه على مذهب الشيخ فانَّ الدين حينئذٍ ليس بثابت؛ فلا يجوز أخذ الرهن عليه.

ولا يخفى أنَّ هذا المعنى بعيد عن العبارة، مع أنَّ المناسب بناء عليه أنْ يقول «وإنْ كان للمشتري»؛ إذ هو الفرد الخفي، وأيضاً كان المناسب أنْ يقول موضع قوله (لانتقال ...الخ) «لثبوت الثمن في ذمة المشتري بالعقد» كما ذكره السلطانؒ.

٦١٦ ـ **قوله**ؒ: **(وإلا لم يكن وجه لتعليل المنع ...الخ)**[٥]

أقول: وأيضاً على هذا لا يختص الممنوع بالتصرفات المانعة من الاسترداد، بل

---

(١) مسالك الافهام ٤: ٢٥.
(٢) مسالك الافهام ١: ٣٦٠.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٤٦.
(٤) الروضة البهية ٤: ٧٠.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٤٧.

لا بدَّ وأنْ لا يجوز شيء من التصرفات وإنْ لم يكن منافياً له.

٦١٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وأنَّ غاية الملك التصرف** ...الخ)[١].

أقول: فيه أنَّ الممنوع ليس كل تصرف، والمنع من خصوص ما يمنع الاسترداد لا ينافي حصول الملكية.

٦١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(وهذا الاحتمال وإنْ بَعُدَ** ...الخ)[٢].

أقول: بل لا تقبله العبارة؛ لعدم ذكر لفظ النفوذ فيها، بل هي صريحة في أنَّ التصرف ممتنع في مدة الخيار، وذكره الوجهين بعد أسطر لعله عدول عن هذا المطلب، وإلا فهو موضع ايراد، لا أنْ يكون قرينة على المراد، فتدبّر.

نعم عبارة الجامع قابلة له، إلا أنَّه في غاية البعد منها كما لا يخفىٰ.

٦١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(الفرق بالمنع من الاتلاف وتجويز غيره** ...الخ)[٣].

أقول: هذا القائل في الحقيقة ليس مفصِّلاً في المسألة، بل مانع مطلقاً، وتجويزه سائر التصرفات من جهة عدم كونها منافية للاسترداد عنده من جهة حكمه بانفساخها بالفسخ، فتأمل.

٦٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ومنه يظهر أنَّ جواز الفسخ** ...الخ)[٤].

أقول: كأنَّ متوهماً يتوهم أنَّ جوازه مع التلف يستلزم جواز الاتلاف؛ لبقاء محل الفسخ معه أيضاً بالرجوع إلى البدل؛ لعدم المنافاة حينئذٍ بينه وبين ثبوت الخيار، فاجاب ﷺ عنه بأنَّ الحق متعلق بالعين بالأخرة؛ فلهذا لا يجوز الاتلاف وإنْ كان لو تلف كان المحل باقياً، والخيار ثابتاً أيضاً، هذا.

والأولى أنْ يقرر الاشكال بوجه آخر، وهو أنَّ مقتضى جواز الفسخ مع التلف عدم التعلق بالعين؛ إذ لو كان متعلقاً بها لم يبقَ مع فرض تلفها، فبقاؤه معه كاشف

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٤٧.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٤٨.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٤٨.

عن كون متعلقه نفس العقد لا العين.

والجواب: ما أشرنا إليه سابقاً، من أنَّ المتعلق بالعين على نحو تعدد المطلوب، لا التقييد ليلزم السقوط مع تلفها، ولا يمكن حمل كلام المصنّف على هذا الوجه؛ إذ معه يكون قوله (في مقام الجواب؛ لأنَّ الحق متعلق بالعين ...الخ) مصادرة على المطلوب، فتدبّر.

٦٢١ـ **قوله**ﷺ: **(فانَّ الثابت من خيار ...الخ)**[1].

أقول: محصله أنَّ القدر المسلّم السلطنة على العقد، وأمَّا التعلّق بالعين فلا دليل عليه، وعلى هذا فالتنظير بحق الشفعة في غير محله؛ إذ لا اشكال في كونه متعلقاً بالعين، وإنَّما يجوز مع ذلك تصرف المشتري فيها بالنقل لعدم المنافاة بينه وبين الحق؛ لأنَّ المفروض أنَّه يجوز للشفيع ابطال ذلك التصرف، وهذا هو السر في الفرق، وفي المقام أيضاً لو قلنا بعدم نفوذ التصرفات وبطلانها بالفسخ فاللازم الحكم بجوازها، وإنْ قلنا إنَّ الحق متعلق بالعين.

ومما ذكرنا ظهر أنَّ الفرق الذي ذكره المصنّفﷺ بقوله (ومجرد الفرق بينهما ...الخ) وإنْ لم يكن تاماً كما ذكرهﷺ، إلا أنَّه لا يستلزم المساواة بينهما؛ لما ذكرنا من الفرق، هذا.

ويمكن على بعد أنْ يكون مراد المصنّفﷺ أنَّ الحق وإنْ كان متعلقاً بالعين، إلا أنَّه مع ذلك ليس مانعاً عن التصرف كما في حق الشفعة، لكن فيه أنَّ التنظير حينئذٍ وإنْ كان صحيحاً من وجه ـ وهو اشتراك المقامين في التعلق بالعين ـ إلّا أنَّ الفارق موجود، وهو ما ذكرنا من الاتفاق على جواز ابطال التصرفات هناك، فلا يعد التصرف منافياً للحق، بخلاف المقام حيث إنَّ الاتفاق غير موجود، ومقتضى القاعدة عدم بطلان التصرف بناءً على جوازه، فيكون منافياً للحق.

وكيف كان فالأولى الاقتصار في مقام الجواب على أنَّ القدر الثابت هو تعلق الحق بالعقد، وأمَّا بالعين فلم يثبت، والأصل عدمه؛ فلا مانع من التصرف، والمنع

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٤٩.

التعبدي أيضاً لا دليل عليه حسبما بيّنا سابقاً[١].

٦٢٢ ـ **قوله ﷺ: (لابطالها تصرفات المشتري ...الخ)**[٢].

أقول: يعني إذا أخذ بالشفعة يبطل تصرف المشتري اتفاقاً؛ إذ لم يقل أحد بالانتقال إلى البدل مع لزوم تصرف المشتري، بخلاف المقام، فالملك في الشفعة أولى بالتزلزل من جهة الاتفاق على بطلانه على فرض الأخذ بها، نعم إذا كان تصرف المشتري بالبيع أيضاً فللشفيع أنْ يأخذ بالشفعة بالنسبة إليه، لا بالنسبة إلى البيع الأول، بأنْ يأخذ الشقص من المشتري الثاني بالثمن الثاني، وحينئذٍ لا يبطل التصرف، فمورد بطلانه ما إذا أخذ بالشفعة بالنسبة إلى البيع الأول.

٦٢٣ ـ **قوله ﷺ: (وأمّا حق الرهن ...الخ)**[٣].

أقول: يعني أنّ الوجه في القول بتعلّقه بالعين، بخلاف المقام، أو الوجه في المنع عن التصرف فيه، بخلاف المقام، وإن كانا مشتركين في التعلّق بالعين، وهو كونه وثيقة، وهي لا تتحقق إلا بالتعلّق بالعين، أو لا تتحقق إلا بابقائها، فلا بدَّ من الحكم بعدم جواز نقلها، مضافاً إلى امكان دعوى كون الفارق وجود الدليل هناك، وإلا كان حاله حال المقام.

٦٢٤ ـ **قوله ﷺ: (فلدلالة العرف لا للمنافاة ...الخ)**[٤].

أقول: ولذا يمكن له أنْ يأذن في التصرف مع التصريح ببقاء الخيار، بل لو أذن لا بقصد انشاء الاسقاط يكون خياره باقياً، ولو كان من جهة المنافاة لم يمكن ذلك كما هو واضح، هذا.

ولكن سيجيء من المصنف أنّه يسقط الخيار مع الاذن في التصرف من جهة تفويت المحل الذي يرجع إلى المنافاة، كما سننبه[٥] عليه، فانتظر.

---

(١) تعليقة ٦١٠.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٤٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٥٠.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٥٠.
(٥) تعليقة ٦٤٤.

٦٢٥ ـ **قوله**ﷺ: (**بل الحكمة في أصل الخيار** ...الخ)[١].

أقول: يعني أنَّ الغرض من جعل الخيار إبقاء الطرف المقابل للسلطنة على العين، وهذا الغرض حكمة في الخيارات التعبدية، فلا يجب دوران الحكم مداره، وعلة في الخيارات المجعولة للمتعاقدين فلا بدَّ من ابقائها؛ لدوران الحكم مداره.

قلت أولاً: يمكن منع الفرق بين القسمين، فانَّ الخيار معنى واحد، وهو السلطنة على فسخ العقد وابقائه، ولما نظر فيه إلى أمر زائد لا بجعل زائد فاشتراط الابقاء يحتاج إلى جعل زائد، وإلا فجعل أصل الخيار لا يكفي فيه، نعم الفرق بينهما أنَّ في الخيارات المجعولة للمتعاقدين يمكن الاطلاع على هذا الجعل الزائد إذا فرض تحققه، بخلاف الخيارات الأصلية فانَّه لا دليل عليه، والقدر المسلم هو اثبات أصل الخيار، وهذا المقدار من الفرق لا يثمر في اثبات الكلية؛ إذ لا شبهة في أنَّه لو اشترط الخيار، وشرط ابقاء العين يجب اتباعه، وأمَّا كون الكلية كذلك فلا .

وثانياً: إنْ كان المراد من إبقاء السلطنة ما ذكرنا من ابقاء الطرف المقابل ـ أعني غير ذي الخيار ـ فلا يناسب كونه غرضاً؛ حتى يكون حكمة أو علة؛ إذ الغرض ما يترتب على الشيء، وإبقاء الطرف المقابل ليس مما يترتب على جعل الخيار؛ إذ قد يبقى وقد لا يبقى.

ودعوى أنَّ المترتب عليه وجوبه لا نفسه مدفوعة بمنع ذلك، نعم له أنْ يوجبه بجعل آخر، ألا ترىٰ أنَّه لا يمكن جعل اكرام زيد غرضاً لايجاب مجيئه، إلا إذا كان بحيث لو جاء يكرمه لا محالة، ولا يلزم من جعل وجوب المجيء وجوب اكرامه إلا بايجاب على حدة، بأنْ يوجبه عليه أنْ يجيء، ويوجب عليك أنْ تكرمه، وإنْ كان المراد من ابقاء السلطنة ابقاء جاعل الخيار، أعني الشارع أو الشارط، بمعنى أنَّ الغرض من جعله أنْ يكون السلطنة على العين باقية، فيكون في قوة أنْ يقال إنَّ الغرض من جعله استرداد العين، فكونه غرضاً صحيح، إلّا أنَّ لازم كونه علة وجوب الرد على تقدير الفسخ، وبقاء العين لا وجوب الابقاء، مثل أنْ يقال إنَّ

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٠.

العلة في جعل استحباب غسل الجمعة رفع الرياح، فانّ لازمه الرفع من وجودها، لا إيجاد الرياح لترتفع بالغسل، نعم لازمه عدم الاستحباب مع عدم الرياح، وفي المقام أيضاً لازم كون الاسترداد علة عدم الخيار مع عدم امكانه، لا ما هو المدعى من وجوب الابقاء لتحقيق الاسترداد.

والحاصل: أنّ كون الغرض هو بقاء السلطنة والاسترداد عند الفسخ لا يقتضي وجوب الابقاء، وإنْ فرض كونه علة، بل هو يحتاج إلى جعل آخر، فتدبّر.

٦٢٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا ينافي ذلك بقاء الخيار ...الخ)**[1].

أقول: وذلك لامكان كون شرط الابقاء من باب تعدد المطلوب، لا التقييد، فتدبّر.

٦٢٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وعليه فيتعين ...الخ)**[2].

أقول: الظاهر رجوع الضمير إلى الجواز، يعني على ما ذكرنا من جواز التصرف فيتعين ...الخ، لكن لا يخفىٰ بأنّ الانتقال إلى البدل ثابت في التلف والاتلاف ولو على القول بعدم الجواز، ويحتمل بعيداً أنْ يرجع إلى بقاء الخيار مع التلف، يعني على ما ذكر من بقائه مع التلف يلزم الانتقال إلى البدل في الاتلاف أيضاً، لكنه مع بعده في نفسه لا يلائمه ما يذكره بعد ذلك من قول (ومنه يعلم حكم نقله عن ملكه) فانّ الانتقال إلى البدل فيه مبني على الجواز حسبما ذكره أيضاً؛ حيث قال (لأنّه إذا جاز التصرف ...الخ).

وكيف كان فبيانهﷺ لا يخلو عن تشويش، وكان الأولى في بيان المطلب أنْ يقول وعلى أي حال فيتعين الانتقال إلى البدل في صورة التلف أو الاتلاف، وأمّا مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاد فوجهان، وأمّا مع التصرف بالنقل فبناء على عدم الجواز يتعين البطلان، وأمّا على الجواز فينتقل إلى البدل؛ لأنّه إذا جاز ...الخ).

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٠.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٥٠.

٦٢٨ ـ قوله﴿ص﴾: (ففي تقديم حق الخيار ...الخ)[١].

أقول: إذا قلنا بعدم تعلق حق الخيار بالعين، وجواز الوطيء بمقتضى القاعدة فلا اشكال في تقديم حق الاستيلاد، وأنّه ينتقل إلى البدل بالفسخ؛ إذ حينئذٍ حاله حال سائر التصرفات الناقلة على ما هو الحق عندنا، وإنْ قلنا بتعلقه بالعين، وإنْ كان الوطيء محرماً، أو قلنا بحليته مع ذلك، أو كان باذن من ذي الخيار بناءً على عدم كونه مسقطاً للخيار، ففي تقديم أيهما وجهان، والأقوى تقديم جانب الاستيلاد، خصوصاً إذا كان بالاذن من جهة احتمال كونه إذناً في التفويت، وإن لم يكن انشاء للاسقاط، وسيجيء بيانه، وذلك أعني كون الأقوى تقديم الاستيلاد من غير فرق بين جعل المقام من باب تعارض الدليلين، أو من باب تزاحم الحقين.

أمّا على الأول فلأنَّ الظاهر أقوائية دليل الانعتاق بالاستيلاد على دليل رجوع العين بالفسخ، خصوصاً بملاحظة ان قوله﴿ع﴾ (لا تباع أمهات الأولاد)[٢] مما يأبى سياقه عن التخصيص، ومن المعلوم أنَّ السبق واللحوق لا يتفاوت بناءً على التعارض.

وأمّا على الثاني فلأنَّ مقتضى القاعدة في باب التزاحم تقديم جانب الأهم، ومن المعلوم أنَّ العتق أهم في نظر الشارع، وأيضاً حق الخيار له بدل يقوم مقام العين، فلا يلزم سقوطه بالمرة على فرض تقديم الاستيلاد، بخلاف العكس فانّه يلزم سقوط حق الاستيلاد بالمرة؛ لعدم البدل، وأمّا كون حق الخيار أسبق فلا ينفع؛ إذ ليس المدار عليه في باب المزاحمات، ألا ترىٰ أنّه لا يجب في انقاذ الغريقين تقديم من غرق أولاً وتعلق التكليف بانقاذه، بل يلاحظ الأهيمة، ويقدم الثاني إذا كان أهم، وكذلك لا يجب تقديم دين السابق إذا كان عنده من المال ما لا يكفي إلا لأحد الدينين، وإنْ كان السابق سابقاً في المطالبة أيضاً، وكذا لا يجب تقديم أحد غريمي الميت في الدين المستغرق، وإنْ كان حقه تعلق بالتركة قبل الآخر، بـأنْ

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٠.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب بيع الحيوان، ح ١، لا يوجد هذا النص في الروايات ، بل هو حكم يستفاد من امثالها.

حدث الدين الثاني بعد الموت، وهكذا في كل واجبين متزاحمين لا يلاحظ الأسبقية، بل الأهمية.

نعم، يشكل على ما ذكرنا ما ذكروه في باب الرهن من أنّ حق المرتهن مقدّم على غيره من غرماء الميت أو المفلس، وأنّه أحق باستيفاء دينه من الرهن منهم، ولا خلاف بينهم في ذلك، إلا ما يحكي عن الصدوق من الحكم بالاشتراك، هذا مع وجود خبرين على خلاف ما ذكروه؛ حيث إنّهما يدلان على الاشتراك، وأنّ المرتهن أسوة لغيره، فطرحوهما وقالوا بتقديم حق المرتهن من جهة سبقه، وأيضاً في تعارض حق الرهن والاستيلاد ذكروا أقوالاً، فعن جماعة تقديم الأول لسبقه، وعن جماعة تقديمه مع إعسار الراهن، وعن الشهيد تقديمه إذا كان الوطيء بغير إذن المرتهن، نعم ينسب إلى بعض تقديم الثاني، أسنده في الشرائع[1] إلى القيل، وفي الجواهر[2] لم نعرف القائل به قبل المصنّف ولا بعده غير الفاضل في التحرير[3] وثاني الشهيدين في ظاهر الروضة[4]، نعم عن الشهيد في غاية المراد[5] حكايته عن المبسوط، وفي جامع المقاصد[6] الظاهر أنّه وهم، ولعل في حق الرهن خصوصية في كيفية التعلق بالعين من حيث كونه وثيقة للدين ليست في غيره من الحقوق؛ ولذا يقدم على غيره، وإلا فمجرد السبق لا يثمر في باب التزاحم كما عرفت، والتكلم في كلي المسألة في مقام آخر.

٦٢٩ ـ **قوله ﷺ: (عدا ما يتخيل ...الخ)**[7].

أقول: كان الأولى لهذا المتخيل أنّ يعدل عما ذكره من الوجه؛ لوضوح فساده على ما بيّنه المصنّف ﷺ، ويبيّن عدم النفوذ بوجه آخر، وهو أنّ الحق متعلق بالعين

---

(١) شرائع الاسلام ٢: ٣٣٧.
(٢) جواهر الكلام ٢٥: ٢١٠.
(٣) التحرير ١: ٢٠٧.
(٤) الروضة البهية ٤: ٨٤.
(٥) غاية المراد ٢: ١٨٨.
(٦) جامع المقاصد ٥: ٨٠، حكاه عن غاية المراد.
(٧) كتاب المكاسب ٦: ١٥١.

ولو بالأخرة، ومقتضاه وإنْ لم يكن المنع من التصرف كما في حق الشفعة، إلا أنَّه يقتضي عدم النفوذ على فرض الفسخ؛ لأنَّ لازمه عود العوضين إلى مالكهما الأول، وتعلق الحق بالعين يمنع عن نفوذ التصرف المنافي، لا عن صحته؛ لأنَّه إذا لم يفسخ فلا منافاة؛ ففسخه يكشف عن البطلان من الأول، ولو لم يفسخ يكشف عن الصحة واللزوم من الأول، والفرق بين هذا القول والقول بعدم جواز التصرف هو أنَّه على الثاني يكون التصرف حراماً، بخلافه على هذا القول، وأيضاً على الثاني لا يترتب عليه الأثر في الظاهر أيضاً، بمعنى أنَّه يحكم من حين صدوره ببطلانه وإنْ لم يفسخ بعدُ، بخلافه على هذا القول فانَّه يحكم بصحته ونفوذه في الظاهر، لكن إذا حصل الفسخ يحكم ببطلانه من أول الأمر.

والجواب ما ذكرنا سابقاً من أنَّ لازم التعلق بالعين الحكم بالبطلان ولو لم يفسخ أصلاً؛ لأنَّ التصرف بالنقل لو قلنا بنفوذه ولو على تقدير عدم الفسخ يلزم منه سقوط حقه من العين من حين صدور المعاملة، وهذا منافٍ لسلطنته عليها، فلا يلزم أنْ يكون التصرف المنافي مما يستلزم الضرر؛ حتى يقال إنَّ في صورة عدم الفسخ لا ضرر عليه إذا قلنا بالنفوذ، فتدبّر.

٦٣٠ ـ **قوله**: (**إلّا أنَّ يقال باختصاص** ...الخ)[1].

أقول: قد عرفت أنَّ مقتضى القاعدة جواز اجباره على الفسخ أو الشراء منه ثانياً، أو نحو ذلك من انحاء التحصيل إذا كان ممكناً من دون لزوم ضرر عليه، وإنْ لم تكن العين ملكاً للفاسخ حتى يكون من قبيل الحيلولة؛ وذلك لأنَّ مقتضى الفسخ عود نفس العوضين، سواء كانا موجودين أو تالفين، فالعين التالفة بالنقل تنتقل إلى الفاسخ، فلا بدَّ من ردها إنْ أمكن، وبدلها إنْ لم يمكن، فهي تالفة من جهة، وتقدّر موجودة من جهة أخرىٰ، فمن حيث انتقالها إلى الغير تالفة، ومن حيث إنَّ الفسخ يقتضي عود نفس العوضين؛ حيث إنّه حلٌّ للعقد تقدّر موجودة، ولازم الجهة الأولى عدم بطلان النقل بمجرد الفسخ، ولازم الثانية وجوب ردها مهما أمكن ولو

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥١.

بالاستقالة أو الشراء ثانياً، فضلاً عن فسخ العقد الجائز، فتدبّر.

ومما ذكرنا ظهر اندفاع ما ذكره المصنّف‌ﷺ من أنّ العين ملك للعاقد الثاني، والفسخ إنّما يقتضي ...الخ، وذلك لأنّها بما هي هي وإنْ كانت ملكاً للعاقد الثاني، ولا تخرج عن ملكه بمجرد الفسخ، إلا أنّها بوصف كونها تالفة ترجع إلى الفاسخ وتقدّر موجودة في ملك المشتري الأول؛ حتى ترجع إلى الفاسخ، ويجوز له مطالبتها منه بأخذها أو أخذ بدلها مع تعذرها، فلا يلزم ما ذكره من الاستحالة، ويتم الدليل على وجوب تحصيل المبدل، وهو ما ذكرنا من كونها بوصف كونها تالفة راجعة إلى الفاسخ.

٦٣١ ـ **قوله‌ﷺ: (فانّ العين ملك للعاقد ...الخ)**[١].

أقول: حاصل مراده أنّ وجوب التحصيل إنّما يكون مع كون المبدل ـ وهي العين التي يؤخذ بدلها مع تعذرها ـ باقية على ملك مستحق البدل، وفيما نحن فيه العين ملك للمشتري الثاني، لا للبائع الفاسخ، والفسخ ليس مؤثراً في عودها إليه؛ لأنّ مقتضاه خروج المعوض عن ملك من يدخل في ملكه العوض، وفي المقام المفروض أنّ المعوض إذا فرض عوده يخرج عن ملك المشتري الثاني، والعوض يدخل في ملك المشتري الأول، فيستحيل أنْ يؤثر فسخ العقد الأول في عود نفس العين، وإذا لم يمكن عودها فهي تُعدُّ تالفة، فلا بدَّ من تأثير الفسخ في استقرار بدلها على المشتري الأول، ولا وجه لالزامه بتحصيلها مع فرض كونها ملكاً لغير المشتري المفسوخ عليه، وهو المشتري الثاني، وعدم عودها إلى الفاسخ، هذا وقد عرفت ما فيه آنفاً[٢].

٦٣٢ ـ **قوله‌ﷺ: (لكن قد تقدّم أنّ ظاهر ...الخ)**[٣].

أقول: غرضه الاستشكال فيما ذكر من كون مقتضى القاعدة النفوذ، وحاصله أنّ

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٢.
(٢) التعليقة السابقة.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٥٢.

مقتضى القاعدة بناءً على جواز التصرف وإنْ كان ما ذكر إلّا أنَّ ظاهر الكتابين الاتفاق على عدمه، فيشكل الأخذ بمقتضاها.

ودعوى: أنَّ دعوى الاتفاق موهونة بما ذكره الفقهاء من الرجوع إلى البدل؛ إذ هذا يقتضي أنْ يكونوا قائلين بالنفوذ؛ فلا وجه لدعوى الاتفاق على عدمه.

مدفوعة: بأنَّ الرجوع إلى البدل إنَّما ذكروه في العتق والاستيلاد، لا في مطلق التصرفات، فغاية الأمر التفصيل بينهما وبين غيرهما، واختصاص الحكم بالنفوذ بهما، والمسألة محل اشكال من جهة ملاحظة مقتضى القاعدة، وملاحظة الاتفاق المذكور.

قلت: الانصاف عدم الاشكال فيها؛ لعدم التعويل على مثل هذا الاجماع، لا لما ذكره من التوجيه البعيد، بل لأنَّ عبارة الجامع الظاهرة في عدم النفوذ ليست ظاهرة في دعوى الاتفاق، وعبارة الدروس الظاهرة فيها ليست ظاهرة في عدم النفوذ، بل هي ظاهرة في عدم جواز التصرف، ومن المعلوم وهن دعوى الاجماع على عدم الجواز بعد ما نرى كلمات العلماء الظاهرة أو الصريحة في الجواز، وإنْ لم تكن كذلك بالنسبة إلى النفوذ، هذا.

مع أنَّ الانصاف أنَّه لا يجوز رفع اليد عن مقتضى القواعد بمثل هذا الاجماع المنقول على فرض تسليم كون كلامهما ظاهراً في دعواه.

٦٣٣ ـ قوله ﷺ: (محتجاً بأنَّ مقتضى الفسخ ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت الجواب عنه سابقاً[٢]، فلا تغفل.

٦٣٤ ـ قوله ﷺ: (من أنَّ المانع من التصرف هو ...الخ)[٣].

أقول: لا نسلّم أنَّ المانع مجرد التزلزل، خصوصاً إذا كان لازماً فعلاً، بل المانع هو تعلّق الحق الفعلي، والمفروض عدمه.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٢.
(٢) تعليقة ٦١٠.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٥٢.

٦٣٥ ـ **قوله**ﷺ: **(ويمكن الفرق ...الخ)**[١].

أقول: مجرد معلومية ثبوت الحق فيما سيأتي لا يكفي، فالأولى أنْ يفرّق بين ما إذا كان الحق ثابتاً فعلاً، وإنْ كان زمان العمل به متأخراً، وبين ما إذا كان أصل الثبوت متأخراً، سواء علم ذلك أو لا.

٦٣٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وعلى كل حال فالخيار ...الخ)**[٢].

أقول: يعني أنَّ هذا القسم أيضاً وإنْ ذكرنا فيه وجهين، إلا أنَّه لا خلاف فيه، وليس مراده أنَّه ليس محلاً للاشكال أيضاً، كيف وخيار الرؤية مما جعله محل الاشكال.

○ الفرع الاول: هل يجوز التصرف المفوت للحق

٦٣٧ ـ **قوله**ﷺ: **(على ما إذا خص الخيار ...الخ)**[٣].

أقول: هذا بناءً على ما سيجيء من أنَّ ما ذكره الشيخ من توقف الملك على انقضاء الخيار مختص بما إذا كان مشتركاً أو مختصاً بالبائع، وأمّا في الخيار المختص بالمشترى فهو موافق للمشهور.

○ الفرع الثاني: هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار

٦٣٨ ـ **قوله**ﷺ: **(أو باذنه ...الخ)**[٤].

أقول: وكذا لو اجره من غير ذي الخيار بلا إذن منه بناءً على القول بنفوذ التصرف من حيث هو في زمان الخيار، بل هذا الفرض أولى بالذكر؛ لأنَّ الاجارة من ذي الخيار أو باذنه يمكن أنْ يكون مسقطاً للخيار؛ فلا يبقى بعد محل للفسخ حتى يجيء الاشكال في أنَّه هل تبطل الاجارة أو لا.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٢.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٥٤.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٥٤.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٥٥.

٦٣٩ ـ **قوله**ﷺ: (**بل من الواقف** ...الخ)[١].

أقول: يعني أنّه إذا تلقّاها منه لا يعقل إلّا أنْ تكون موقتة، فتكون المنفعة أيضاً كذلك، إذ لا يمكن أنْ يملك الواقف كل واحد من البطون ملكية مطلقة مستعدة للدوام حتى يملك المنفعة الأبدية بالملكية آناً ما.

٦٤٠ ـ **قوله**ﷺ: (**فانْ قلت: إنَّ ملك** ...الخ)[٢].

أقول: حاصله أنَّ الفاسخ في المقام لا يتلقى الملك عن المفسوخ عليه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة، بل إنّما يستعيد الملكية السابقة التي كانت له بالسبب السابق، فيتبعها المنفعة.

وحاصل الجواب الحلّي أنَّ المناط كون ملك المفسوخ عليه ملكية مستعدة للدوام وعدمه، وإذا كانت مستعدة للدوام فيكون مالكاً للمنفعة الدائمة بالملك آناً ما، وإذا استوفاها لا تبقى حتى تعود إلى الفاسخ، فليس المدار كون الملك متقلاً عن المالك المفسوخ عليه، أو عن غيره، بل المدار ما عرفت، ولو أمكن في الوقف تمليك الواقف لكل واحد من البطون ملكية مطلقة كان اللازم عدم انفساخ الاجارة بموت البطن السابق، لكن قد عرفت عدم امكانه.

ثم أقول: التحقيق أنَّ الاجارة وإنْ كانت لا تبطل بالفسخ؛ لأنَّ مقتضى ملكية المشتري للعين آناً ما مالكيته لجميع المنافع أبداً، وله استيفاؤها، وقد استوفاها بالاجارة، إلّا أنَّ مقتضى الفسخ عودها كما كانت حين العقد إلى الفاسخ، والمفروض أنّها كانت مع المنفعة، فاللازم عودها مع منافعها، وإذا كانت مستوفاة فهي بمنزلة التالفة، فيجب أنْ يعرفها المؤجر المفسوخ عليه، كما أنَّ العين لو كانت تالفة كانت كذلك.

فانْ قلت: لازم ذلك القول به في التفاسخ، مع أنّهم لا يقولون به.

قلت: نلتزم به، ونمنع الاجماع على عدمه، وعلى فرضه فهو الدليل على

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٥.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٥٦.

الخروج عن القاعدة، مع أنَّ في صورة التفاسخ يمكن دعوى أنَّهما متباينان على الرجوع في العوضين بما هما موجودان الآن، فهذا بمنزلة اسقاط حق المطالبة بالمنافع، فتدبّر.

٦٤١ ـ **قوله ﷺ: (وعلله بأنَّه ...الخ)**[1].

أقول: يمكن على بُعد حمله على إرادة البطلان من جهة عدم نفوذ التصرف من غير ذي الخيار في ذمته، لا لكون ملك المنفعة تابعاً لملك العين، فمراده من التزلزل إنَّما هو من جهة أنَّ الفسخ موجب لبطلانها، كما إذا تصرف بغير الاجارة بناءً على القول ببطلانه بالفسخ، نعم لو علم من مذهبه أنَّه يقول بنفوذ التصرفات، وأنَّه يختص البطلان بالاجارة تعين حمل كلامه على ما ذكره المصنف ﷺ، فتدبّر وراجع.

٦٤٢ ـ **قوله ﷺ: (وإمَّا لأنَّ التصرف الواقع ...الخ)**[2].

أقول: لا يخفى أنَّ مقتضى هذا البيان المنافاة بين الاذن في التصرف وإرادة الفسخ؛ إذ المفروض أنَّ مع التلف المأذون فيه لا يتعلق الحق بالبدل، ومعه لا يمكن بقاؤه، فلا يمكن أنْ يجتمع الاذن مع إرادة بقائه على فرض العمل بمقتضى الاذن، نعم بمجرد الاذن يسقط الحق، بل إنَّما يسقط بالتصرف، لكنه بمنزلة انشاء الاسقاط حين التصرف، فكأنَّه اسقاط معلق عليه، فتدبّر.

ثم لا يخفى عدم تمامية البيان المذكور؛ لأنَّ ما ذكره من أنَّ أخذ البدل فرع تلف العين في حال حلول الحق ممنوع، بل الخيار حق متعلق بالعقد، وليس موقوفاً على بقاء العوضين، ووجه الانتقال إلى البدل أنَّه إذا انحل العقد ورجع كل من العوضين إلى مالكه الأول فيجب على كل منهما دفع ما انتقل إليه إلى الآخر؛ لزوال ملكه عنه، وإذا لم يكن موجوداً وجب دفع بدله، ولا يضر كونه تالفاً في ملكه، ولا يعقل ضمان الشخص لمال نفسه؛ لأنَّ هذا الضمان ليس على حد سائر

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٦.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٥٧.

الضمانات، بل هو ضمان معاوضي، ومقتضى المعاوضة إذا انحل ذلك؛ إذ الفسخ بمنزلة المعاوضة الجديدة، على عكس المعاوضة الأولى.

ولعمري إنَّ هذا من الوضوح بمكان، كيف؟ ولو كان الأمر كما ذكره المصنّف لزم عدم جواز الفسخ مع تلف العوضين أو أحدهما قبل تنجز الخيار، كما إذا كان متأخراً عن العقد بزمان، من جهة الشرط، أو لأنَّه معلق على ظهور العيب أو الغبن أو نحو ذلك على القول به، وقد تلفت العين قبل مجيء ذلك الزمان، فانَّ العين حينئذٍ ليست متعلقة للحق في حال التلف حتى يتعلق ببدله، فيلزم عدم جواز الفسخ حينئذٍ؛ لعدم امكان أخذ البدل على ما ذكره، ولا يلتزم به المصنّف ولا غيره، وأيضاً لازمه عدم جواز التفاسخ في حال التلف؛ لعدم امكان التعلق بالبدل على ما ذكره؛ لعدم تعلق الحق به في حال التلف.

ثم أقول: على فرض تسليم ما ذكره يمكن أنَّ يقال: إنَّ التلف في المقام في حال تعلق الحق؛ وذلك لأنَّ المفروض أنَّ الحق إنَّما يسقط بعد التلف، وبمجرده ينتقل إلى البدل، فما ذكره إنَّما يتم إذا كان السقوط قبل التلف.

وبتقرير أوضح، التصرف علة للتلف، وهو علة لأمرين، الانتقال إلى البدل، وسقوط التعلق بالعين، فعدم الانتقال إلى البدل متأخر عن السقوط، وهو في عرض الانتقال إلى البدل؛ إذ هما معلولان للتلف، ولا تنافي بين هذين المعلولين، فيحكم بهما، ويقال بالسقوط عن العين والانتقال إلى البدل، نعم التنافي إنَّما هو بين أحدهما ـ وهو الانتقال إلى البدل ـ ومعلول الآخر ـ وهو عدم الانتقال ـ.

ودعوى: أنَّ هذا أيضاً كافٍ في عدم الحكم بالانتقال؛ إذ لا يعقل الحكم بتحقق أحد المتنافيين وتحقق علة الآخر.

مدفوعة: بمنع كون مطلق السقوط علة للعدم، بل العلة هو السقوط السابق على التلف، فهو علة شأنية لا فعلية، وهذا مرادنا من قولنا بكون التنافي بين أحد المعلولين ومعلول الآخر؛ إذ نعني به ما هو معلول من حيث هو، لا مطلقاً حتى يلزم الاشكال.

وما نحن فيه نظير ما ذكره المصنّف[١] في مسألة الماء النجس المتمم كراً بطاهر في رد من قال بعدم النجاسة بالملاقاة؛ من جهة أنّ الملاقاة وإنْ كانت مقتضية للانفعال، إلا أنّها علة لعدم الانفعال؛ لحصول الكرية بمجرد الملاقاة، فلا مرجح لأحد معلولي الملاقاة ـ أعني الانفعال ـ على الآخر ـ وهو عدمه ـ؛ حيث قال‌ﷺ إنّ الملاقاة ليست علة لعدم الانفعال، بل علة للكرية المانعة من الانفعال، وإذا كان الشيء علة تامة للشيء استحال أنْ يكون علة لمانعه؛ إذ بمجرد وجودها يحصل المعلول، فلا مسرح لوجود المانع ...إلى آخر ما ذكره.

حاصله أنّ عدم الانفعال ليس في عرض الانفعال حتى يحصل التعارض، بل في طوله، ففي المقام نقول إنّ عدم الانتقال إلى البدل ليس في عرض الانتقال، بل في طوله؛ حيث إنّه في طول ما في عرض الانتقال إلى البدل، وهو السقوط، وهذا المطلب وإنْ كان محلاً للاشكال؛ لما أشرنا إليه سابقاً[٢] من أنّ ما في طول ما في عرض الشيء لا يكون في الطول بالنسبة إلى ذلك الشيء الآخر؛ إلا أنّه يصلح اشكالاً على المصنّف القائل بذلك على ما يظهر منه في غير مقام.

مع أنّ التحقيق في مسألتنا هذه ما عرفت من أنّ مقتضى القاعدة هو الحكم بالسقوط عن العين، والانتقال إلى البدل، وفي مسألة الماء المتمم أيضاً خلاف ما ذكره المصنّف‌ﷺ؛ وذلك لأنّ الملاقاة إذا كانت مقتضية لحصول الكرية فهو كافٍ في المزاحمة مع المعلول الآخر الذي هو الانفعال؛ لعدم امكان الحكم به، والحكم بمعلول الكرية، وهو عدم الانفعال، وإذا لم يمكن ذلك وجب الرجوع إلى قاعدة الطهارة، ولا وجه لما ذكره المصنّف‌ﷺ من أنّه إذا لم يمكن كون الشيء علة لشيء ولمانعه فلا مسرح لوجود المانع، ولا بدّ من طرحه عن المانعية؛ إذ لا دليل على تقديم أحد المعلولين ـ الذي هو الانفعال ـ على الآخر ـ الذي هو الكرية ـ التي من شأنها المانعية.

---

(١) كتاب الطهارة ١: ١٥٥.
(٢) تعليقة ٤١٥، و٦٠٤.

ودعوى: كون الملاقاة علة تامة لأحدهما دون الآخر كما ترىٰ، وفي مسألتنا أيضاً وإنْ كانت المزاحمة موجودة على هذا الوجه، إلّا أنّ الفرق أنّ علّية السقوط لعدم الانتقال إلى البدل ليست مستفادة من اطلاق الدليل اللفظي حتى تشمل المقام، بل هي من باب القاعدة العقلية، ويمكن منع شمولها للمقام، وبعبارة أُخرىٰ القدر المسلّم ما إذا كان السقوط سابقاً على التلف، وهذا بخلاف علّية الكرية لعدم الانفعال، فانّها مستفادة من الاطلاق الشامل لهذه الصورة، فيتحقق التزاحم، ولازمه سقوط كلا المعلولين والرجوع إلى قاعدة الطهارة، بل التحقيق تقديم جانب الكرية لأنّها مانعة، والملاقاة مقتضية، ولا يعمل المقتضي مع وجود المانع.

نعم لو استفيد من الدليل كون الكرية السابقة على الملاقاة مانعة كان الحكم كما ذكره؛ لكن معه لا حاجة إلى هذا البيان، وهذا التطويل كما لا يخفىٰ؛ إذ هذا البيان فرع كون الدليل دالاً على مانعية طبيعة الكرية عن الانفعال، وعلّية طبيعة الملاقاة للانفعال، فتدبّر. وتمام الكلام يحتاج إلى بسط المقال، وهو غير مناسب لمقام الاستعجال، ولعلنا نتكلّم عليه في مقام آخر.

٦٤٣ ـ **قوله** ﷺ: **(والأولى أنْ يقال** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنّه تطويل بلا طائل، والتحقيق أنّه مسقط لدلالته عرفاً على الالتزام بالعقد حسبما ذكره المصنّف آنفاً، ويذكره في آخر هذا الكلام.

٦٤٤ ـ **قوله** ﷺ: **(لا لأجل تحقق الاسقاط** ...الخ)[٢].

أقول: هذا منافٍ لما ذكره من الوجه الأول في الفرض الأول.

❑ هل يملك المبيع بالعقد أو بانقضاء الخيار

٦٤٥ ـ **قوله** ﷺ: **(وأثر الخيار تزلزل** ...الخ)[٣].

أقول: يعني بعد حصول الملكية، وإلا فلو لم تحصل فأثره تزلزل العقد المقتضي

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٥٨.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٥٨.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٦٠.

لها، والخيار حينئذٍ حق في العقد فقط، كما في الصرف والسلم قبل حصول القبض الذي هو شرط الصحة بناءً على لزوم المعاملة لولا الخيار، فانَّ أثر الخيار حينئذٍ تزلزل العقد، ومقتضى الفسخ إزالته ورفع شأنيته للتأثير بالقبض، بل حقيقة الخيار ليست إلا ملك فسخ العقد، نعم لازمه فيما لو حصلت الملكية تزلزلها، وبيان المصنّف لا يخلو عن مسامحة كما لا يخفىٰ.

٦٤٦ ـ **قوله**ﷺ: **(أو أنَّ غاية الملك ...الخ)**[1].

أقول: كون هذا هو المأخذ في عدم الملكية كما ترىٰ؛ إذ يمكن الملكية مع المنع من التصرف، وأيضاً التصرف الممنوع مختص بما ينافي الفسخ كالاتلاف وما يشبهه؛ فليس كل تصرف ممنوعاً، مع أنَّ جملة من القائلين بالملكية منعوا من التصرف في زمان الخيار، وأيضاً لازم هذا المأخذ القول بالتوقف في جميع الخيارات، مع أنَّه مختص ببعضها كما سيأتي[2]، فتدبّر.

٦٤٧ ـ **قوله**ﷺ: **(شهادة من وجهين ...الخ)**[3].

أقول: أحدهما: من جهة نقله عنه بقوله (وربما قطع ...الخ).

الثاني: من حيث جعل المأخذ لعدم الملكية المنع من التصرف، فانَّ الممنوع من التصرف غير ذي الخيار، فمع اختصاص الخيار بالمشتري يجوز له التصرف، فيلزم كونه مالكاً.

ثم لا يخفىٰ أنَّ في الخيار المختص بالبائع أيضاً الأمر كذلك بالنسبة إلى الثمن، والظاهر أنَّ نظر الشهيد والشيخ في تفصيله المذكور إلى المبيع، وإلا فبالنسبة إلى الثمن وملكية البائع له يلزم كون الخيار مختصاً بالبائع بناءً على التفصيل المذكور، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٦٠.

(٢) تعليقة ٦٦١ وما بعدها.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٦١.

٦٤٨ ـ **قوله﴿قده﴾: (لكن ينافيه** ...الخ)[١].

أقول: لأنّ مقتضى المقابلة كون ابن الجنيد قائلاً بالتوقف مطلقاً؛ فيكون منافياً لمقتضى المأخذ من عدم الخلاف في التفصيل.

٦٤٩ ـ **قوله﴿قده﴾: (ويمكن حمله أيضاً** ...الخ)[٢].

أقول: الانصاف أنّه محمل قريب، وهو جارٍ في عبارة المبسوط أيضاً، بل يمكن حمل عبارته في باب الشفعة أيضاً على ذلك، بأنْ يكون الأخذ بالشفعة عنده مختصاً بالملك اللازم، وإنْ كان خلاف التحقيق .

٦٥٠ ـ **قوله﴿قده﴾: (ويمكن أنْ يستظهر** ...الخ)[٣].

أقول: هذا مؤيد للحمل المذكور، بل معين له.

٦٥١ ـ **قوله﴿قده﴾: (وربما ينسب** ...الخ)[٤].

أقول: الناسب صاحب الجواهر[٥].

٦٥٢ ـ **قوله﴿قده﴾: (ويدل عليه لفظ الخيار** ...الخ)[٦].

أقول: وجه الدلالة غير ظاهر؛ إذ نمنع كونه حقاً في الملك، بل هو ملك فسخ العقد، فتدبّر.

٦٥٣ ـ **قوله﴿قده﴾: (إلّا أنّ يتمسك باطلاقه** ...الخ)[٧].

أقول: وهو الوجه.

٦٥٤ ـ **قوله﴿قده﴾: (مع أنّ الظاهر** ...الخ)[٨].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٦١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٦٢.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٦٣.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٦٤.
(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٧٩.
(٦) كتاب المكاسب ٦: ١٦٤.
(٧) كتاب المكاسب ٦: ١٦٥.
(٨) كتاب المكاسب ٦: ١٦٥.

أقول: على فرض قوله بالتوقف في الخيار المنفصل يرده الاطلاق المذكور؛ فيكون الاشكال عليه لا علينا.

٦٥٥ ـ قوله ﷺ: (وهذا المعنى في غاية الوضوح ...الخ)[1].

أقول: الانصاف بعده، وظهور الفقرة المذكورة في مذهب المشهور.

٦٥٦ ـ قوله ﷺ: (ثم لو سلم ما ذكر ...الخ)[2].

أقول: ظاهرها عدم التوقف، لا كشفاً، ولا نقلاً كما لا يخفىٰ.

٦٥٧ ـ قوله ﷺ: (مع أنّ الغالب ...الخ)[3].

أقول: بل مع قطع النظر عن ذلك الاطلاق في الرواية حتى يشمل صورة البيع في ذلك المجلس؛ لأنّه وارد مورد حكم آخر، وهذا هو العمدة في وجه عدم الدلالة، لا ما ذكره المصنّف ﷺ؛ لأنّه لو فرض اطلاقها، فهي كالصريحة في مذهب المشهور؛ إذ الحمل على كون الملكية بسبب كون التعريض مسقطاً للخيار بعيد عن ظاهر الكلام كما لا يخفىٰ.

٦٥٨ ـ قوله ﷺ: (ونحوه في الضعف ...الخ)[4].

أقول: بل هذا الاستدلال من الغرايب، فانّه لا نظر في هذه الاخبار إلى حيثية ثبوت الخيار وعدمه أصلاً، والعجب أنّ المصنّف جعله نحو الخبرين المتقدمين في الضعف؛ حيث يظهر منه أنّ الاستدلال بهما مثل هذا الاستدلال، مع أنّ أحدهما في طرف الضد من الآخر كما عرفت.

٦٥٩ ـ قوله ﷺ: (وأشد ضعفاً من الكل ما قيل ...الخ)[5].

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٦٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٦٧.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٦٨.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٦٨.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٦٩.

أقول: القائل صاحب الجواهر[1]، وهذا التعبير من المصنّف‏ﷺ خلاف الانصاف؛ إذ هذا الاستدلال ليس مثل السابق عليه في الضعف، بل يمكن أنْ يدعى صحته؛ لمنع تجرد التمليك عن الزمان، كيف ولو كان المنشأ مجرد التمليك لم يكن وجه لحمله على الحال؛ إذ هو أعم من ذلك كما هو المفروض، وكونه مأخوذاً فيه على وجه الداعي إنْ أريد به كونه مقصوداً لهما، لكنه لا على وجه التقويم فهو كذلك، ولكن يكفي هذا المقدار لصاحب الجواهر، وإنْ أريد به عدم كونه مقصوداً من الانشاء فهو ممنوع.

وبالجملة الذي يظهر من العرف كون المقصود التمليك في الحال، ألا ترىٰ أنّهم قد يقيدونه بزمان مستقبل، كما في الوصية، فيكشف هذا عن أنّ صورة الاطلاق يكون المقصود منه الحال؛ ولذا لو أمضاه الشارع ولكن جعل له شرطاً متأخراً يكون هذا تقييداً منه، ولكن لما كان أخذ الحال لا على وجه التقويم لا يلزم منه محذور مخالفة ما وقع لما قصد، بمعنى أنّ مثل هذه المخالفة لا بأس بها، وإذا كان كذلك فلا بدّ أنْ يكون المنشىء حاصلاً في الحال ما لم يدل دليل على خلافه.

ثم أقول: إنّ الاستدلال بعموم أدلة حل البيع والتجارة عن تراضٍ لا يتم إلا بهذا البيان كما لا يخفىٰ.

ومن ذلك يظهر أنّ الأولى الايراد عليه بأنّه لا يكون دليلاً آخر في مقابل العمومات، فتدبّر.

٦٦٠ ـ **قوله‏ﷺ: (بالنبوي المشهور** ...الخ)[2].

أقول: هذا لو تمّ مختص بغير الخيار المختص بالمشتري كما هو واضح؛ إذ الضمان فيه على البائع بمقتضى الأخبار الآتية.

٦٦١ ـ **قوله‏ﷺ: (وقد ظهر بما ذكرنا** ...الخ)[3].

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٧٩.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٧٠.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٧٠.

أقول: واستدل للمشهور بوجوه أُخر ضعيفة أيضاً:

منها: مفهوم ما دلَّ على أنَّ التلف قبل القبض من مال البائع، فانَّ مقتضاه أنَّ التلف بعد القبض من مال المشتري وإنْ كان في زمان الخيار، فيكون المبيع له.

ومنها: اطلاق كثير من النصوص الدالة على جواز بيع المتاع قبل القبض مطلقاً كما في بعضها[١]، أو من البائع كما في آخر[٢]، وأنَّ الربح للمشتري ـ البائع ثانياً ـ وفي بعضها صرح بعدم قبض الثمن والمثمن[٣]، فانَّ مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين ثبوت خيار وعدمه، ولولا كون المبيع له لما جاز بيعه، ومنه غير ذلك ما هو ضعيف في الغاية.

٦٦٢ ـ قوله ﷺ: (ويصير المبيع للمشتري ...الخ)[٤].

أقول: لو استدل بهذه الفقرة لمذهب الشيخ مع قطع النظر عن حكم الضمان كان وجهاً أيضاً، وكذا قوله (فهو من مال البائع) على ما هو الظاهر من عود الضمير إلى المبيع، يعني حيث إنَّ المبيع للبائع فيكون الهلاك عليه.

ثم إنَّه قد يستدل على هذا القول أيضاً برواية السكوني (في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه؟ قال: ليشهد أنَّه قد رضيه واستوجبه، ثم لبيعه إنْ شاء)[٥].

وبرواية الشحام (عن رجل ابتاع ثوباً من أهل السوق لأهله، وأخذه بشرط، فيعطى به ربحاً. قال: إنْ رغب في الربح فليوجب على نفسه الثوب، ولا يجعل في نفسه إنْ ردَّ عليه أنْ يرده على صاحبه)[٦].

تقريب الاستدلال بهما أنَّه لو كان مالكاً في زمان الخيار لم يحتج بيعه إلى

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ٣، ٤، ٦.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ٢٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام العقود، ح ١.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٧٠.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.
(٦) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ٢.

اسقاط الخيار قبله.

ويمكن أنْ يستدل أيضاً بصحيحة الحلبي (في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام، ثم ردها؟ قال عليه السلام: إنْ كان في تلك الثلاثة أيام شرب لبنها ردَّ معها ثلاثة أمداد، وإنْ لم يكن لها لبن فليس عليه شيء)[1]، وجه الاستدلال أنَّه لو كان مالكاً لم يكن وجه لرد ثلاثة أمداد؛ لأنَّ النماء للمالك.

٦٦٣ـ **قوله** رحمه الله: **(وعلى أي حال ...الخ)**[2].

أقول: يمكن أنْ يكون تحقيقاً للمطلب، ويمكن أنْ يكون جواباً آخر عن الأخبار، وحاصله أنَّ الأمر في هذه الأخبار وإنْ كان دائراً بين حملها على مذهب الشيخ بجعلها مخصصة لأدلة المشهور، وبين حملها على ما يوافق المشهور بجعلها مخصصة لقاعدة التلازم بين الملكية والضمان، وحيث لا ترجيح بين التخصيص فاللازم الرجوع إلى الأصل، وهو يقتضي مذهب الشيخ؛ لأنَّ الأصل عدم حصول الملكية بمجرد العقد، إلّا أنَّ التكافؤ ممنوع، بل الترجيح مع الثاني، أعني جعلها مخصصة لقاعدة التلازم بعد حملها على مذهب المشهور.

٦٦٤ـ **قوله** رحمه الله: **(فانَّ الظاهر عدم ...الخ)**[3].

أقول: قد عرفت سابقاً أنَّ المقتضي للخيار نفس العيب لا ظهوره، وحيتئذٍ فلا بدَّ من الالتزام بعدم جواز التصرف قبل الظهور أيضاً، بمعنى عدم النفوذ، نعم المنع التكليفي فرع العلم.

٦٦٥ـ **قوله** رحمه الله: **(وكلاهما غير لائق بالالتزام ...الخ)**[4].

أقول: لا بأس بالالتزام منع التصرف كما عرفت.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٣ من ابواب الخيار، ح ١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٧٢.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٧٣.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٧٣.

❏ المبيع في ضمان من لا خيار له

٦٦٦ ـ **قوله**: **(ومن أحكام الخيار ...الخ)**[١].

أقول: قد اشتهر في ألسنة جماعة من متأخري المتأخرين أنّ من القواعد أنّ التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، وهذه القاعدة لا مدرك لها إلا الأخبار المتقدمة في المسألة السابقة، فلا بدّ من الاقتصار على ما يستفاد منها فنقول: لا ينبغي الاشكال في أنّ هذا الحكم مختص بالبيع، فلا يجري في الصلح والاجارة ونحوهما؛ لاختصاص الأخبار به، وعدم ما يوجب التعدّي، والظاهر أنّه لا خلاف في عدم التعدّي أيضاً، وكذا لا اشكال في عدم جريانه في الخيار المشترك بين المتعاقدين، لظهور الاجماع على الاختصاص بالمختص بأحدهما، وإنْ كانت الأخبار مطلقة كما ترىٰ، هذا.

وكذا لا ينبغي الاشكال في قصر الحكم على كون الخيار لخصوص أحد المتعاقدين، فلو كان لأجنبي من جانب أحدهما لا يجري الحكم؛ لانصراف الأخبار عنه، والظاهر عدم الخلاف فيه بينهم أيضاً إلا ما يحكى عن تعليق الارشاد من أنّ الخيار للأجنبي من طرف المشتري، فهو كما لو كان له في كون التلف في زمانه على البائع، وهو كما ترىٰ؛ إذ الحكم على خلاف القاعدة، والدليل قاصر الشمول، والمناط غير منقح بحيث يشمل هذه الصورة؛ ولذا مال في الجواهر إلى عدم جريان حتى لو كان الخيار للمشتري ولأجنبي من جانبه أيضاً؛ لأنّ القدر المتيقن اختصاصه بما إذا كان مختصاً بالمشتري.

لكن التحقيق خلافه؛ لشمول الأخبار لهذه الصورة، بل ولما إذا كان الخيار للمشتري ولأجنبي من جانب البائع، فانّ مثل هذه الشركة ينعقد الاجماع على عدم جريان الحكم فيه، والأخبار شاملة.

ثم ليعلم أنّ هذا الحكم على مذهب القائل بتوقف الملكية على انقضاء الخيار

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٧٥.

على القاعدة؛ لأنّ المفروض بقاء العوضين على ملك مالكهما الأول، فيكون التلف عليهما، وكذا على قول المشهور من حين حصول الملكية من حين العقد على القاعدة في بعض الصور، كما إذا تلف المبيع في يد المشتري مع اختصاص الخيار بالبائع، أو تلف الثمن في يد البائع مع اختصاصه بالمشتري بناءً على جريان القاعدة في الثمن أيضاً.

ويمكن أنْ يقال: إنّ الأخبار ليست شاملة للصورتين المذكورتين؛ فيكون المدرك فيهما غير هذه الأخبار، وهو قاعدة كون الضمان على المالك، وعلى هذا فيكون المدرك للقاعدة المذكوره بعمومها ملفقاً من الأخبار المذكورة وقاعدة كون الضمان على المالك.

ثم الظاهر الاختصاص بما إذا كان الخيار متصلاً بالعقد، فلا يجري في الخيار المنفصل، كما في خيار الشرط إذا كان منفصلاً عن العقد، وكذا في خيار الغبن والعيب بناءً على حدوث الخيار بظهورهما؛ وذلك لأنّه القدر المتيقن المنصرف إليه الأخبار، وما يظهر من المصنّف من التعميم للشرط المنفصل دون الأخيرين كما ترىٰ، خصوصاً بعد اعترافه بأنّ المستفاد من الأخبار اعتبار كون العقد متزلزلاً من الأول؛ إذ في الشرط المنفصل لا يكون كذلك، وعلى فرض صدق التزلزل فهو أولى في الأخيرين كما لا يخفىٰ، فلا وجه للفرق، مع أنّ العكس أولى.

وعلى ما ذكرنا فلو شرط في خياري المجلس والحيوان سقوط خيار من حين العقد إلى ساعة أو يوم، بحيث يبقى بعده إلى آخر المجلس أو إلى تمام الثلاثة يشكل جريان الحكم، ويحتمل ذلك لاطلاق الاخبار، خصوصاً بالنسبة إلى خيار الحيوان، والأقوى الأول؛ لأنّه يصدق أنّه صار المبيع للمشتري، بمعنى أنّه لزم بالنسبة إليه، وكذا الكلام لو أسقط خيار الحيوان في اليوم الأول فقط، بل وكذا لو شرط سقوطه في اليوم الثاني فقط، أو أسقطه كذلك، فانّه يشكل جريان الحكم في اليوم الثالث لسبق اللزوم.

بقي الكلام في مقامات أُخر تعرّض لها المصنّف، وسنتكلم عليها فيما يحتاج

إليه إنْ شاء الله.

٦٦٧ ـ قولهﷺ**:(وتوضيح ...الخ)**[١].

أقول: اختلفوا في تعميم هذه القاعدة لجميع الخيارات وتخصيصها ببعضها على أقوال:

أحدها: الاختصاص بخياري الحيوان والشرط، كما يظهر من صاحب الجواهر[٢].

الثاني: جريانها فيهما وفي المجلس، كما اختاره المصنّف ﷺ.

الثالث: جريانها في جميعها، كما هو الظاهر ممن نقل المصنّف عنه التعميم.

والتحقيق: هو الثالث؛ للمناط المستفاد من قوله ﷺ ـ في صحيحة ابن سنان ـ (ويصير المبيع للمشتري)[٣]؛ حيث إنَّ الظاهر منه جريان الحكم في كل مورد لم يصر له، بأنْ كان متزلزلاً بالنسبة إليه .

وما استشكله عليه المصنّف ﷺ ـ بعد الاعتراف بأنّه المناط بأنَّ الظاهر منه الاختصاص بما إذا كان التزلزل من أول الأمر، وهذا مختص بالخيارات الثلاثة، فانَّ في البقية يحدث التزلزل بعد إنْ كان العقد لازماً ـ مدفوع بأنَّا سلّمنا الاختصاص، لكن نمنع كون التزلزل في الغبن والعيب إنّما يحدث بعد الظهور، بل الخيار ثابت من حين العقد كما قواه ﷺ سابقاً[٤].

والحاصل: أنَّ الكبرى مسلمة، ولكن نمنع الصغرى، نعم في كل مورد يكون الخيار حادثاً بعد العقد لا يجري الحكم.

ويمكن أنْ يستدل على التعميم ـ مضافاً إلى ذلك ـ بذيل الصحيحة المشار إليها (وإنْ كان بينهما شرط أياماً معدودة ...الخ)[٥]، فانَّ المراد من الشرط هو الخيار، لا

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٧٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٨٨.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٢.

(٤) تعليقة ١٠٧.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٢.

خصوص خيار الشرط المصطلح، ولا يضر كون مورد الخبر خصوص الحيوان؛ لأنَّ الظاهر أنَّ المراد من الضمير في قوله (بينهما) البائع والمشتري مطلقاً، أو لأنَّه إذا جرى في الحيوان من حيث سائر الخيارات غير خياره فلا قائل بالفرق بينه وبين غيره من المبيعات.

بل يمكن أنْ يستدل بالنبوي المروي في قرب الاسناد (في العبد المشترى بشرط فيموت ...الخ)[1] بالتقريب المذكور، وهو أنَّ المراد من الشرط مطلق الخيار.

ويؤيد ما ذكرنا من التعميم دعوى سيد الرياض[2] ومفتاح الكرامة[3] عدم الخلاف فيه، مضافاً إلى استظهار المفروغية من كلام بعضهم حسبما يظهر من بيانات المصنّف﷫، هذا ولو أغمضنا عما ذكرنا فالحق الاختصاص بالخيارين كما هو مختار الجواهر، فتدبّر.

٦٦٨ ـ قوله﷫: (إذا كان للمشتري ...الخ)[4].

أقول: إنّما قيد بكونه المشتري فقط لما مرَّ من أنَّ الحكم لا يجري في المشترك بالاجماع، وإنْ كانت الأخبار مطلقة؛ ولذا قيده في خيار المجلس أيضاً بما إذا كان للمشتري فقط بأنْ اشترط سقوطه بالنسبة إلى البائع.

نعم يبقى شيء: وهو أنّه لو كان الخيار مشتركاً من الأول، لكن أسقط البائع خياره بعد العقد فهل يجري الحكم أو لا؟ الأقوى نعم؛ لأنَّ عدم الجريان في الخيار المشترك بعد كون الأخبار مطلقة على خلاف القاعدة، ثبت من الاجماع والمتيقن منه غير هذا الفرض، فتدبّر.

٦٦٩ ـ قوله﷫: (لقوله﵇ في ذيل صحيحة ...الخ)[5].

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.
(٢) الرياض ٥: ١٢٨.
(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٥٩٦.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٧٥.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٧٥.

أقول: بل يمكن الاستدلال له برواية عبدالرحمن المتقدمة (عن الرجل اشترى أمة من رجل بشرط يوماً أو يومين ...الخ)[١] فانّ ظاهره السؤال عن خيار الشرط، فينطبق الجواب عليه، وإنْ كان يمكن أنْ يكون باعتبار خيار الحيوان، بل وكذا رواية قرب الاسناد، فانّ قوله (في العبد المشترى بشرط فيموت ...الخ)[٢] أعم من أنْ يكون الشرط مقدار ثلاثة خيار الحيوان أو أزيد.

٦٧٠ ـ **قوله ﷺ: (فانّ ظاهره كفاية ...الخ)**[٣].

أقول: يمكن أنْ يدعى أنّ اطلاقه وارد مورد حكم آخر؛ فلا يستفاد منه العموم، فتدبّر.

٦٧١ ـ **قوله ﷺ: (ولو ماتت الشاة ...الخ)**[٤].

أقول: يعني لو ماتت الشاة لا ضمان على البائع، وكذا لو تعيّب عند المشتري.

٦٧٢ ـ **قوله ﷺ: (أنّه غير مضمون عليه ...الخ)**[٥].

أقول: يعني على المشتري.

٦٧٣ ـ **قوله ﷺ: (فانّ ظاهر قولهم ...الخ)**[٦].

أقول: المراد بزمان الخيار هو وقت ثبوته، سواء كان زمانياً أو غيره، فالاستظهار في غير محله كما لا يخفىٰ.

٦٧٤ ـ **قوله ﷺ: (ألا ترىٰ أنّ المحقق الثاني ...الخ)**[٧].

أقول: إنْ كانت النسخة صحيحة يكون المقصود أنّهم اتفقوا على أنّ موت المعيب ليس على البائع، مع أنّ المحقق الثاني جعل الاقتصاص من العبد الجاني

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٧٧.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٧٧.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٧٧.
(٦) كتاب المكاسب ٦: ١٧٩.
(٧) كتاب المكاسب ٦: ١٧٩.

في زمان خيار الحيوان الذي يكون للمشتري على البائع، ففرّق بين خيار العيب وخيار الحيوان؛ حيث لم يجعل موافقاً للعلماء ضمان الموت في خيار العيب على البائع، وجعل في خيار الحيوان عليه، فهذا كاشف عن عدم إجرائه الحكم في خيار العيب.

وحاصل الغرض في نقل هذا عنه أنّه إنْ قيل لعل لموت العبد خصوصية، نقول لا خصوصية له، ألا ترىٰ أنَّ المحقق الثاني جعله على البائع في خيار الحيوان، فيعلم من ذلك أنَّ الوجه في عدم جعلهم الموت على البائع هو عدم جريان الحكم في خيار العيب، لا لخصوصية فيه، فتدبّر.

٦٧٥ ـ قوله ﷺ: (نفي ذلك الاحتمال ...الخ)[١].

أقول: هو مفعول لقوله (ذكر في شرح ...الخ).

٦٧٦ ـ قوله ﷺ: (فهي توجب التزلزل ...الخ)[٢].

أقول: هذا منافٍ لما قواه سابقاً من كون الخيار في الغبن والعيب من حين العقد، لا من حين الظهور.

٦٧٧ ـ قوله ﷺ: (ثم إنَّ مورد ...الخ)[٣].

أقول: مقتضى ظاهر قولهم في عنوان القاعدة الشمول لما قبل القبض أيضاً، بل هو صريح العبارة المنقولة عن مجمع البرهان حيث جعلها معارضاً لقاعدة التلف قبل القبض.

والأقوى ما ذكره المصنّف ﷺ من عدم الشمول، وعلى فرضه ففي صورة التعارض بين القاعدتين كما فيما فرضه الاردبيلي ﷺ، وكما إذا تلف المبيع في خيار الشرط للبائع فقط في يد البائع قبل قبضه، فانَّ مقتضى قاعدة التلف قبل القبض كونه على البائع، ومقتضى هذه القاعدة كونه على المشتري؛ لفرض كون

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٧٩.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨١.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٨١.

الخيار للبائع.

فالأقوى ترجيح قاعدة التلف قبل القبض؛ وذلك لقوة دليلها على دليل هذه القاعدة من حيث تعميمها لمثل هذه الصورة؛ وذلك لأنَّ المدرك لها إنْ كان هو قاعدة كون التلف من المالك؛ حيث إنَّ المبيع في خيار التأخير للمشتري، والخيار مختص بالبائع، فكون التلف على المشتري بمقتضى قاعدة الملكية، وكذا كون التلف في خيار الشرط في الصورة التي فرضناها على المشتري، من جهة أنّه مالك، فلا شك أنَّ قاعدة التلف قبل القبض أخص من قاعدة كون الضمان على المالك، ومقدمة عليها.

وإنْ كان المدرك لها الأخبار الخاصة المتقدمة فموردها ضمان البائع للمبيع، لا المشتري له، فلا يستفاد منها هذا العموم إلا من جهة فهم المناط من قوله عليه السلام (ويصير المبيع للمشتري) ومن المعلوم أنَّ قاعدة التلف قبل القبض المستفادة من النص الخاص، وهي رواية عقبة بن خالد أقوى من ظهور هذه الفقرة في التعميم على فرض تسليمه، فلا ينبغي التأمل في تقديمها، بل الظاهر عدم الخلاف كما أشار إليه المصنّف قدس سره.

٦٧٨ ـ **قوله قدس سره: (فلا يشمل هذه القاعدة خيار التأخير ...الخ)**[1].

أقول: وذلك لأنَّ المفروض فيه عدم قبض المبيع، فيكون التلف قبل قبضه، والمفروض اختصاص الخيار بالبائع فيحكم بكون التلف عليه، لا على المشتري من جهة أنّه غير ذي الخيار.

٦٧٩ ـ **قوله قدس سره: (وأمّا عموم الحكم للثمن ...الخ)**[2].

أقول: الحق عدم لحوق الحكم لتلف الثمن لعدم الدليل، وكون الحكم على خلاف القاعدة، نعم لا اشكال فيه في صورة الموافقة للقاعدة بناءً على عموم القاعدة لصورة الموافقة أيضاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨١.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨١.

ودعوى شمول المناط المستفاد من الفقرة السابقة مدفوعة بالمنع؛ لاحتمال قصره على خصوص المبيع.

وأمّا ما ذكره المصنّف‌ﷺ من الاستصحاب ففيه **أولاً**: أنّه شك في المقتضي، وهو ليس بحجة فيه عنده، وإنْ كان التحقيق عندنا حجيته.

وثانياً: يمكن الاستشكال فيه من جهة عدم بقاء الموضوع، فانّه المال الذي لم يخرج من بيت مالكه الأولى ولم يقبض، وبعبارة أخرىٰ المال الغير المقبوض، إلّا أنْ يقال وإنْ كان الأمر في لسان الدليل كذلك، إلّا أنّ العرف يجعلونه خصوص العين الخارجي، فهو باقٍ بمقتضى فهم العرف.

وثالثاً: أنّه من الاستصحاب التعليقي؛ لأنّ المستصحب هو ضمان المشتري على فرض التلف، إلّا أنْ يقال المستصحب هو الضمان، وهو حكم شرعي، غاية الأمر أنّ معنى الضمان ثبوت العوض على فرض التلف، فهو استصحاب تنجيزي، مع أنّ الاستصحاب التعليقي أيضاً حجة إذا كانت الملازمة من المجعولات الشرعية ؛ لرجوعه حيتئذٍ إلى التنجيزي، لكن الاشكال في كون الحكم المجعول في المقام هو الملازمة.

ورابعاً: أنّه فرع جريان قاعدة التلف قبل القبض في الثمن أيضاً، وهو محل اشكال كما سيأتي[1] في محله، إلا أنْ يقال إنّ المختار جريانها فيه كما سيأتي.

وخامساً: أنّه معارض مع قاعدة كون التلف على المالك كما أشار إليه المصنّف‌ﷺ، إلا أنْ يقال إنّ هذه القاعدة قد خصصت بقاعدة التلف قبل القبض، فالمقام من استصحاب حكم المخصص، لا من معارضة الاستصحاب مع العموم، لكنه فرع عدم العموم الأزماني في دليل القاعدة، وإلا فهو مقدّم على الاستصحاب كما حققناه سابقاً[2]، على خلاف ما حققه المصنّف‌ﷺ هذا.

وأمّا ما أجاب به المصنّف‌ﷺ عن المعارضة المذكورة من أنّ المعارض

---

(١) لم يبحث المصنف القبض.

(٢) ج ٢، تعليقة ٧٩٩.

للاستصحاب ليس تلك القاعدة؛ لأنّ المراد من كون التلف قبل القبض وفي مدة الخيار على المالك الأول، وعلى غير ذي الخيار انفساخ العقد قبل التلف، وحينئذٍ يكون التلف على المالك، بل المعارض له أصالة عدم الانفساخ، وحيث ثبت المخالفة قبل القبض فالاصل بقاؤها.

ففيه: أنّا لو سلّمنا ذلك نقول إنّ الانفساخ مخالف للقاعدة، مضافاً إلى أنّه مخالف للاصل؛ إذ هو مخالف لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، وعدم الخروج عن ملكهم بلا رضا منهم، فلا يتفاوت الحال بين جعل المعارض عموم قاعدة كون التلف من المالك، أو عموم قاعدة عدم الانفساخ بلا رضا من المالك، سلّمنا أنّ دليل عدم الانفساخ ليس إلا الأصل، إلّا أنّ أصل عدم الانفساخ مقدّم على أصالة بقاء الضمان ؛ لأنّ الشك فيه ناشٍ عن الانفساخ وعدمه.

ودعوى أنّه إذا ثبت المخالفة قبل القبض فالأصل بقاؤها كما ترى؛ إذ لا معنى لأصالة بقاء المخالفة لأصالة الانفساخ على تقدير التلف، ومن المعلوم أنّ هذا استصحاب تعليقي، وليس بحجة في مثل هذه الصورة التي لا ترجع إلى التنجيزي؛ لأنّ قولنا لو تلف ينفسخ ليس حكماً شرعياً مجعولاً، بل المجعول هو الانفساخ حين التلف.

وتوضيح ذلك: أنّ الاستصحاب التعليقي على ما حقق في محله إنّما كان يكون حجة إذا كانت الملازمة من الأحكام المجعولة الشرعية، وأمّا إذا كانت من الانتزاعيات العقلية فلا؛ إذ على هذا ليس حكماً حتى يستصحب، وإنّما الحكم هو الأمر المعلق، وليس له حالة سابقة، مثلاً إذا قال إنْ استطعت حج، فامّا أنْ يكون الملازمة بين الاستطاعة ووجوب الحج حكماً شرعياً، وإمّا أنْ يكون في قوة قوله المستطيع يحج، فعلى التقدير الأول إنْ استطاع وشك في وجوب الحج عليه من جهة من الجهات يقول الأصل بقاء وجوبه على فرض الاستطاعة، وبعبارة أخرىٰ الأصل بقاء الملازمة المذكورة.

وأمّا على التقدير الثاني فلم يكن في السابق وجوب فعلي، ولم يكن الملازمة

إلا أمراً انتزاعياً، فلا يمكن استصحاب شيء منهما، بل الأصل عدم وجوبه، ففي المقام أيضاً إنْ كان قولنا لو تلف ينفسخ حكماً شرعياً جاز الاستصحاب، وكان مقدّماً على استصحاب عدم الانفساخ، وإنْ لم يكن كذلك، بل كان المجعول هو الانفساخ الفعلي عند حصول التلف فقبل التلف لا حكم حتى يستصحب، فيكون المرجع أصالة عدم الانفساخ، وهي حاكمة على أصالة بقاء الضمان، والقدر المسلم هو الوجه الثاني، فلا محل لاستصحاب عدم المخالفة وبقاء الانفساخ، فتدبّر.

٦٨٠ ـ **قوله﴿ﷺ﴾: (فحاله حال المبيع إذا كان كلياً ...الخ)**[1].

أقول: التحقيق عدم الفرق بين المبيع الشخصي والكلي، وكذا الثمن بناء على الالحاق؛ وذلك لاطلاق الاخبار، ولعل نظره إلى ذلك؛ حيث أمر بالتأمل بعد منع دلالة الأخبار.

٦٨١ ـ **قوله﴿ﷺ﴾: (ثم إنَّ ظاهر كلام الاصحاب ...الخ)**[2].

أقول: الاحتمالات في هذه المسألة ستة:

أحدها: الانفساخ قبل التلف آناً ما، أو تقدير ذلك كما هو مختار المصنّف﴿ﷺ﴾ والجماعة.

الثاني: البطلان بالتلف، فيسترجع المشتري الثمن ولا يضمن المبيع؛ لفرض كونه تالفاً في ملكه، والفرق بينه وبين الانفساخ أنَّ مقتضى الثاني عود كل من العوضين إلى مالكه الأول، فلو لم يقدر الانفساخ قبل التلف يلزم ضمان المشتري مع الانفساخ بعده، بخلاف البطلان فانَّ معه لا يلزم عود كل عوض إلى مالكه، إلا إذا كان موجوداً، وأمّا إذا كان أحدهما تالفاً فلا يعود إلى مالكه الأول ليكون الآخر ضامناً له ضماناً معاوضياً، ففي المقام إذا قلنا بالبطلان بالتلف يرجع الثمن إلى المشتري، وليس للبائع شيء؛ لعدم وجود المبيع حتى يرجع إليه، ولا يرجع إليه

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨٢.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨٣.

بوصف كونه تالفاً حتى يكون المشتري ضامناً له.

الثالث: بقاء العقد وسقوط الخيار إذا كان معلقاً على بقاء العين، وبقاؤه أيضاً إذا لم يكن كذلك، وحينئذٍ ففي الأول يتعين رجوع المشتري إلى البائع بالمثل أو القيمة بمقتضى كون الضمان عليه، وفي الثاني إذا فسخ يرجع الثمن إليه، وليس للبائع شيء، وإنْ لم يفسخ يرجع على البائع بالمثل أو القيمة.

الرابع: بقاء العقد والخيار فيما لم يكن معلقاً على بقاء العين، لكن مع الفسخ يسترجع الثمن، ومع عدمه لا شيء له؛ فيكون معنى كون التلف على البائع كونه عليه على فرض الفسخ؛ حيث إنّه يذهب من كيسه.

الخامس: الأمر كذلك، إلا أنّه مع عدم الفسخ أيضاً يسترجع الثمن معيناً.

السادس: الأمر كذلك، إلا أنّه مع عدم الفسخ يتخير بين أخذ الثمن أو المثل والقيمة، هذا.

ولا ينبغي الاشكال في بطلان الأخيرين؛ لأنّه لا معنى للرجوع بالثمن مع عدم الفسخ، لا معيناً، ولا مخيراً، ولولا أنّ المصنّف ذكرهما لم أذكرهما.

ومن الغريب أنّه ذكر هذين الاحتمالين وترك الاحتمال الثالث، وهو تعين الرجوع بالمثل والقيمة على فرض عدم الفسخ، مع أنّه المتعين على تقدير بقاء العقد والخيار.

وأمّا الاحتمال الرابع فهو منافٍ لاطلاق الاخبار؛ حيث إنّ مقتضاها ضمان البائع مطلقاً، لا على تقدير الفسخ، وإذا بطل هذه الثلاثة؛ فيبقى الأمر دائراً بين الثلاثة الأول، وكلها على خلاف القاعدة، فلا ترجيح لبعضها على بعض من هذه الجهة؛ إذ لا يتفاوت الحال بين الحكم بالانفساخ قبل التلف بلا سبب وبلا دليل، أو الحكم بالبطلان كذلك، أو الحكم بضمان مال الغير كذلك؛ فلا وجه لما يظهر من المصنّف ﷺ من التفصّي عن الأخير بارتكاب الأول إذا فرضنا اجمال الأخبار من حيث تعيين الكيفية.

لكن يمكن أنْ يقال: لا اجمال فيها، بل الظاهر منها هو الوجه الأول، بدعوى أنّ

معنى قوله ﷺ (فهو من مال البائع) أنّ نفس التالف ملك له حال تلفه، وهذا لا يمكن إلا بالانفساخ حقيقة آناً ما قبل التلف، أو تقديره حينه.

ثم على فرض الاجمال وأنّه لا يستفاد منها إلا مجرد كون الخسارة على البائع من غير تعيين لأحد الوجوه الثلاثة ـ كما هو الأقوى ـ؛ إذ نمنع ظهور الفقرة المذكورة في الوجه الأول نقول المتعين هو الثالث؛ لأنّه مطابق لأصالة بقاء العقد والخيار.

والحاصل: أنّ مقتضى الأصل عدم انفساخ العقد بطلانه وبقاء الخيار، فاذا دلت الأخبار مع ذلك على ضمان البائع للمبيع فلازمه أنْ يأخذ المشتري منه المثل أو القيمة على فرض عدم الفسخ، وأنْ يسترجع الثمن بلا دفع عوض المبيع على فرض الفسخ، فتدبّر.

٦٨٢ ـ **قوله** ﷺ: **(وهو الظاهر أيضاً** ...الخ)[١].

أقول: يمكن أنْ يقال: إنّ الشهيد ليس ناظراً إلى أصل الضمان؛ ولذا صريح كلامه في عبارته الآتية الفرق بين المقامين في الكيفية، فتدبّر.

٦٨٣ ـ **قوله** ﷺ: **(بل هو ظاهر القاعدة** ...الخ)[٢].

أقول: فيه منع الظهور كما لا يخفى، مع أنّ القاعدة بهذه العبارة ليست معقداً للاجماع، ولا النص؛ فالمدار على ما يستنبط من دليلها، وهي الأخبار المتقدمة، مع أنّ هذه القاعدة شاملة لصورة كون الضمان على القاعدة كما عرفت، كما إذا كان الخيار مختصاً بالبائع وتلف المبيع في يد المشتري، وبالنسبة إليها لا يكون المراد الانفساخ قطعاً؛ فكذا في الصورة المخالفة للقاعدة.

٦٨٤ ـ **قوله** ﷺ: **(بضميمة قاعدة** ...الخ)[٣].

أقول: قد عرفت أنّه لا ينفع هذا في التعيين؛ إذ الانفساخ أيضاً خلاف القاعدة،

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨٣.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨٣.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٨٣.

ولا ترجيح، فتدبّر.

وكان الأولى له أنْ يتمسك في دلالة الأخبار بما أشرنا إليه من الفقرة المذكورة، وإنْ ناقشنا فيها أيضاً، فتدبّر.

٦٨٥ ـ **قوله**ﷺ: **(في الفرع السابع ...الخ)**[١].

أقول: هذه العبارة مذكورة في الدروس[٢] في المسألة السادسة من المسائل المتعلقة بخيار الشرط، والظاهر أنَّ لفظ السابع من سهو القلم، والتعبير بالفرع من باب المسامحة، ثم إنَّ موضوع الدلالة قوله (وبعده لا يبطل الخيار وان كان التلف ...الخ) فانَّ عدم بطلان الخيار يستلزم عدم بطلان البيع أيضاً، وهذه العبارة كالصريحة في عدم الانفساخ، فلا يحسن تعبير المصنّف بأنّها موهمة، بل دالة.

٦٨٦ ـ **قوله**ﷺ: **(فلو فسخ البائع رجع ...الخ)**[٣].

أقول: هذا تفريع على أصل الحكم، وهو عدم بطلان الخيار، لا على خصوص صورة كون التلف من البائع كما هو واضح.

٦٨٧ ـ **قوله**ﷺ: **(والعبارة محتاجة ...الخ)**[٤].

أقول: لعل أحد المواضع: قوله (فلو فسخ ...إلى قوله: في صورة عدم ضمانه) إذ مع فسخ البائع وكون الخيار له ليس له صورة ضمان حتى يقيد الرجوع بالبدل بصورة عدم ضمانه؛ لأنَّ ضمانه لا يكون إلا مع اختصاص الخيار بالمشتري، هذا.

ولكن يمكن تصوير الضمان مع كون الخيار له فيما إذا تلف المبيع الذي في يد المشتري، وقلنا إنَّ اتلافه لا يسقط خياره، فانَّه حينئذٍ ضامن للمبيع، وإذا فسخ من جهة بقاء خياره ليس له استرجاع البدل، بل يرجع المشتري بالثمن، ولا شيء عليه.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨٤، وفي نسخة السادس.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ٢٧١.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٨٤.

(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٨٤.

وثانيها: قوله (ولو فسخ المشتري ...إلى قوله: في صورة ضمانه) إذ مع كون الخيار للمشتري يكون الضمان على البائع لا محالة؛ لقاعدة كون التلف ممن لا خيار له، فلا يتصور ضمان المشتري مع كون الخيار له، ولكن الظاهر أنّ مراد الشهيد إنّما هو فيما إذا كان الخيار مشتركا بينهما، فانّه لا ضمان على البائع حينئذٍ، بل على المشتري فلا اشكال.

وثالثها: قوله (ولو أوجبه المشتري ...الخ) فانّه موهم لجواز الايجاب، إلا أنّه لا يؤثر في تضمين البائع، مع أنّه حكم أولاً بأنّ التلف قبل القبض مبطل للبيع، فلا موقع للايجاب أصلاً، لكن الظاهر أنّ غرضه من ذلك أنّ عدم تأثيره في التضمين من جهة أنّه لا محل له فلا اشكال.

ورابعها: قوله (وفي انسحابه ...الخ) فانّ الضمير راجع إلى عدم التأثير في التضمين المستفاد من قوله (لم يؤثر في التضمين) فانّه منافٍ لما حكم به أولاً من عدم بطلان الخيار، ولازمه عدم بطلان البيع، ومقتضاه أنّه لو أوجبه وأسقط خياره يجوز له تضمين البائع، وأخذ المثل والقيمة منه؛ لأنّ المفروض أنّ الضمان عليه، وإنْ رجع الضمير إلى التأثير المستفاد من الفقرة المذكورة، لا إلى عدمه فلازمه كونه متردداً في ذلك، مع أنّه من الأول جزم به، فترديده منافٍ لجزمه أولاً بعدم بطلان الخيار، الذي لازمه ما ذكرنا من جواز التضمين مع الايجاب، هذا.

ولكن يمكن أنْ يقال: إنّ ما ذكره أولاً إنّما هو عدم بطلان البيع والخيار، ولازمه ليس التضمين في صورة عدم الفسخ؛ إذ قد عرفت أنّ أحد المحتملات كون الضمان على البائع على تقدير الفسخ، وأنّه لو لم يفسخ فلا شيء له، فلعل الشهيد متردد في هذا، أعني في الضمان وعدمه على تقدير عدم الفسخ، فلا ينافي الفسخ ما ذكره أولاً من الجزم ببقاء الخيار.

ومما ذكرنا ظهر أنّ العبارة لا تأمل فيها بوجه، فضلاً عن وجوه، وأمّا التأمل في مطلبه فهو مطلب آخر لا دخل له بالتأمل في العبارة كما هو مراد المصنّف؛.

٦٨٨ ـ قوله؛: (وأمّا حيث يوجب ...إلى قوله: ويحتمل تعين الرجوع بالثمن

...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنَّه ينبغي القطع ببطلان هذين الاحتمالين؛ إذ مع الامضاء لا وجه لمطالبة الثمن، بل المتعين أحد الأمرين من عدم الرجوع بشيء، أو الرجوع بالمثل والقيمة.

٦٨٩ ـ **قوله**ﷺ: **(وكذا حكم تلف الوصف** ...الخ)[٢].

أقول: هل مقتضى كون ضمان فوات وصف الصحة على البائع أخذ الارش منه، أو التخيير بينه وبين الرد، وغرضي من هذا التخيير غير الخيار الذي هو المفروض، فانَّه مما لا اشكال فيه، بل المقصود أنَّه هل يثبت بهذا العيب أيضاً أو لا؟ وبعبارة أخرىٰ حكمه حكم العيب الموجود حال العقد أو لا؟ بل لا يوجب إلا الارش، وتظهر الثمرة فيما لو أسقط بعد حدوث العيب خياره السابق، فانَّه يثبت له من هذه الجهة وجهان سيأتي توجيههما، وبيان الأقوى منهما في مسألة التعيب قبل القبض[٣] عند تعرّض المصنّفﷺ له، لكن الذي يقتضيه النظر البدوي هو الأرش فقط، نعم له الرد من جهة خياره السابق ما لم يسقطه.

٦٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ومنه حكم الشارع** ...الخ)[٤].

أقول: كما إذا صار العبد المشترى مقعداً أو أعمىٰ أو أجذم، بل وكذا لو نكله المشتري، فانَّه ليس اتلافاً؛ لأنَّ الانعتاق حينئذٍ بحكم الشرع، خصوصاً إذا لم يكن عالماً بالحكم، لكن الانصاف أنَّ الحكم بكون التلف حينئذٍ على البائع مشكل، بل يمكن منع عدم صدق الاتلاف عليه، فتدبّر.

٦٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(وأمّا إذا كان باتلاف** ...الخ)[٥].

أقول: يعني ليس حكمه حكم التلف، فلا يكون ضمانه على البائع، بل يسقط به

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨٥.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨٥.
(٣) لم يبحث المصنف بحث القبض.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٨٥.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٨٥.

خياره وإنْ لم نقل بسقوطه أيضاً لا يكون على البائع؛ لأنَّ مورد الأخبار صورة التلف لا الاتلاف، ومن ذلك يظهر حال اتلاف البائع والأجنبي من حيث عدم جريان القاعدة فيهما؛ ولذا حكم المصنّف‌ﷺ فيهما ببقاء الخيار وعدم الانفساخ، نعم لو كان اتلاف الأجنبي مما يعدُّ تلفاً عرفاً لا يبعد شمول الأخبار له، كما إذا سرقه سارق، أو غصبه متغلّب لا يمكن الأخذ منه، فانَّه يعدُّ عرفاً من التلف.

٦٩٢ ـ **قوله‌ﷺ: (وهل يرجع حينئذٍ ...الخ)**[1].

أقول: بعد الحكم ببقاء الخيار وعدم جريان القاعدة إذا أمضى العقد فلا اشكال في أنَّه يرجع على المتلف بالمثل والقيمة، وأمّا إذا فسخ فالثمن يرجع إليه من غير اشكال، وهل يرجع الطرف الآخر ـ أي المفسوخ عليه ـ بالمثل والقيمة على الفاسخ أو على المتلف أو يتخير وجوه، ولا يخفى أنَّ هذا المطلب لا اختصاص له بالمقام، بل يجري في جميع المقامات التي يبقى الخيار مع عدم بقاء العوضين أو أحدهما، إذا كان باتلاف الأجنبي، فانَّه يجري هذه الوجوه.

ولا ينبغي التأمل في تعين الوجه الأول؛ لأنَّ مقتضى الفسخ عود العوضين من حينه إلى مالكهما السابق، فانْ كانا موجودين فهو، وإلا فيكون من كان التلف في ملكه ضامناً له ضماناً معاوضياً، يجب عليه دفع عوضه، كما لو كان التلف بآفة سماوية، أو باتلافه بنفسه، والمتلف إنَّما أتلف ماله، لا مال من انتقل إليه بالفسخ، ولذا لو كان أخذ العوض قبل الفسخ لا يتعين عليه دفعه، وأيضاً يجوز له قبل الفسخ إبراء ذمة المتلف، والمدار على قيمة العين حين الفسخ، وقد يكون ما على المتلف أقل أو أكثر بناءً على كون الضمان في الغرامات من حين التلف، أو من حين الغصب، أو أعلى القيم.

وغاية ما يمكن أنْ يقال في توجيه الرجوع على المتلف ما ذكره المصنّف‌ﷺ من الوجهين:

وحاصل أولهما: أنَّ بدل العين التالفة إنَّما هو في ذمة المتلف.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨٥.

وحاصل الثاني: أنّ العين التالفة بعد الفسخ ملك للمالك السابق، وهي في عهدة المتلف، فتكون كما لو كانت موجودة عند فلا بدّ من الرجوع عليه.

والجواب: ما ذكره المصنّف من أنّ البدلية إنّما هي بالنسبة إلى المالك حين التلف، لا مطلقاً، وأنّ مقتضى الفسخ وإنْ كان عود العين التالفة إلى المالك السابق، لكنها مضمونة ضماناً معاوضياً بالنسبة إلى الفاسخ للمالك السابق، وضماناً غرامياً بالنسبة إلى المتلف للمالك حين الفسخ، هذا.

وقد أشار المصنّف‏ؒ في خيار الغبن[1] إلى هذه المسألة في مقامين واختار الرجوع على المتلف في أحدهما، وذكر الوجهين في الآخر، والتحقيق ما عرفت.

وكذا الكلام بالنسبة إلى الاقالة، فانّ فيها أيضاً يرجع إلى الطرف الآخر وإنْ كان المتلف أجنبياً، وبالجملة حكم الفسخ والانفساخ مطالبة العوض من الطرف المقابل الذي انتقل إليه بالعقد، لا الأجنبي، فتدبّر.

٦٩٣ ـ **قوله‏ؒ: (ولأنّ الفسخ موجب ...الخ)**[2].

أقول: لا وجه لرجوع العين قبل تلفها إلى الفاسخ أو المفسوخ عليه؛ لأنّ مقتضاه عودها من حينه، فانْ كانت تالفة يقدّر ذلك التالف حين الفسخ ملكاً للفاسخ أو الآخر في ذمة الطرف الآخر، ولا داعي إلى ارتكاب الكشف عن الانتقال إليه قبل التلف، مع أنّه مستلزم لعود العوض الآخر أيضاً إلى الآخر؛ فيلزم في المقام أنْ يكون نماء الثمن من زمان تلف المبيع إلى حين الفسخ للفاسخ، مع أنّه لا يمكن الالتزام به.

والحاصل: أنّ المتعين هو الوجه الثاني، وهو اعتبارها عند الفسخ ملكاً للمفسوخ عليه في مفروض البحث.

٦٩٤ ـ **قوله‏ؒ: (في ملك الفاسخ ...الخ)**[3].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٨٥.

أقول: الصحيح لفظ المفسوخ عليه بدل لفظ الفاسخ، فهو من سهو القلم أو غلط النسخة، وكذا لفظ الفاسخ في الفقرة الثانية، وكذا في قوله ـ بعد أسطر ـ (لا بالقيمة في ملك الفاسخ) كما أنّ لفظ المفسوخ عليه في آخر الكلام، وهو قوله (ومن كون يد المفسوخ عليه ...الخ) غلط، والصحيح لفظ الفاسخ؛ وذلك لأنّ الفاسخ في المقام هو المشتري، والذي يرجع إليه هو الثمن لا العين المبيعة المفروض تلفها، فانّها ترجع إلى المفسوخ عليه، وهو البائع.

٦٩٥ ـ **قوله ﷺ: (وأمّا الفسخ فهو موجب** ...الخ)[1].

أقول: يعني بناءً على الوجه الأول من الوجهين، وإلا فبناء على الوجه الثاني وهو الحق كما عرفت نقول إنّه موجب لرجوعها حال كونها تالفة من حينه إلى المفسوخ عليه، وهي مضمونة على الفاسخ ضمان معاوضة، وله على المتلف ضمان غرامة، وعلى الفاسخ دفع القيمة حين الفسخ، وعلى المتلف دفع القيمة حين التلف أو حين الغصب أو أعلى القيم.

٦٩٦ ـ **قوله ﷺ: (وهذا الوجه أضعف الوجوه** ...الخ)[2].

أقول: بناءً على صحة الرجوع على المتلف يتعين التخيير، فانّ جواز الرجوع على الفاسخ مما لا ينبغي الاشكال فيه، كيف؟ وإلا لزم عدم الرجوع عليه مع التلف السماوي، وهو مقطوع الفساد، وجه اللزوم أنّ عدم جواز الرجوع عليه لا يكون إلا مع عدم كون يده يد ضمان، ومعه فلا بدّ من عدم ضمانه في التلف السماوي.

وبالجملة: لا اشكال في أنّ العين تلفت وهي في ضمانه، غاية الأمر أنّه ضمان معاوضي، لا على حد سائر الضمانات، والمفروض أنّ المتلف أيضاً ضامن ضمان غرامة، فالمقام يكون نظير تعاقب الأيدي، أو اجتماع اليد والاتلاف، فانّ للمالك الرجوع على أيّهما شاء، فأضعف الوجوه هو الوجه الأول كما لا يخفى.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨٦.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨٦.

❑ هل يجب تسليم العوضين في زمان الخيار

٦٩٧ ـ **قوله ﷺ: (وبالجملة فلم أجد ...الخ)**[1].

أقول: لعل نظر العلامة إلى تعلّق حق ذي الخيار بالعين، فيكون كالعين المرهونة، لكن فيه ـ بعد تسليم كون الحق في العين ـ أنّه لا يقبل المعارضة مع قاعدة السلطنة، ويمكن أنْ يقال بناءً عليه أنّه يتعارض قاعدة السلطنة على المال مع قاعدة السلطنة على الحق، فيأخذها الحاكم ويضعها عند عدل إلى أنْ يلزم البيع؛ إذ مجرد أقوائية الملك لا يقتضي التقدم.

ويمكن أنْ يقال: بترجيح جانب الحق بناءً على كونه وارداً على الملك، بمعنى أنَّ لذي الخيار حق في العين بما هي ملك الغير، نظير حق الرهن فلا بدَّ من تقديمه، فتأمل.

هذا، ويمكن الفرق بين ما يكون معنوناً بعنوان استرداد العين، وما يكون بعنوان الخيار، ففي الأول يجوز له عدم التسليم لمكان تعلقه بالعين، بخلاف الثاني فانَّه حق في العقد، فتدبّر.

❑ هل يسقط الخيار بتلف العين

٦٩٨ ـ **قوله ﷺ: (لا يسقط الخيار بتلف العين ...الخ)**[2].

أقول: مجمل القول في المسألة أنَّه لا اشكال في امكان بقاء الخيار مع التلف؛ لما عرفت من أنَّه بالفسخ يرجع العين بوصف كونه تالفاً عند الآخر إلى الفاسخ، وكذا لا اشكال في أنَّ بعض الخيارات كذلك بالفعل، بمعنى أنَّ مقتضى الأدلة بقاؤه مع التلف، كما أنَّ بعضها موقوف على بقاء العين فلا يبقى بعد التلف.

وإنَّما الكلام في مقامات:

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨٨.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨٩.

أحدها: في بيان الميزان لهذا المطلب فنقول: إنّ كان الموجود في لسان الدليل الرد والاسترداد كقولهﷺ رده أو مردود أوله ان يرده أو نحو ذلك فالظاهر أنّه مشروط ببقاء العين، فلا يبقى مع التلف، وكذا إذا كان المدرك مناطاً عقلياً مقصوراً على حال الوجود، كما إذا كان المدرك قاعدة الضرر، وكان الضرر في خصوص صورة بقاء، كخيار العيب إذا قلنا إنّ المدرك في جواز الفسخ فيه قاعدة الضرر؛ حيث إنّ الصبر على المعيب ضرر، وهو لا يبقى مع التلف، وأمّا الضرر المالي من جهة فوات وصف الصحة فهو متدارك بالارش، فيسقط جواز الرد بالتلف إذا انحصر المدرك في الضرر بناءً على عدم جريان الاستصحاب في مثل المقام.

وأمّا إذا كان المدرك نصاً، ولكن علم كون المناط هو الضرر فلا يكون كذلك إذا كان النص مطلقاً؛ لأنّ الحكمة لا يجب اطرادها، وكذا إذا كان المدرك أمراً لبياً كالاجماع، فانّ القدر المتيقن حينئذٍ صورة وجود العين أيضاً بناءً على عدم جريان الاستصحاب، وكذا إذا كان خبراً مجملاً على البناء المذكور.

والحاصل: أنّه إذا كان الدليل ظاهراً في الاختصاص أو مجملاً وقلنا بعدم جريان الاستصحاب فهو ميزان عدم البقاء مع التلف، وأمّا ميزان البقاء فهو أنْ يكون الدليل عقلياً شاملاً لحال التلف أيضاً، كما في خيار الغبن بناءً على كون المدرك فيه قاعدة الضرر؛ حيث إنّه لا يندفع مع التلف بناءً على ما هو المشهور من عدم الارش فيه، وإلا فحاله كما ذكرنا في خيار العيب، أو يكون الدليل اطلاقاً لفظياً شاملاً لحال التلف أيضاً، كما إذا قال يجوز له فسخ العقد، فانّه ظاهر في أنّ متعلقه العقد من غير نظر إلى وجود العين و عدمها.

الثاني: إذا كان العنوان الموجود في لسان الدليل لفظ الخيار، كقولهﷺ (البيعان بالخيار)[1] وقولهﷺ (صاحب الحيوان المشتري بالخيار)[2] فهل يكون مقتضاه الشمول لحال التلف أو لا؟

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٢.

يظهر من المصنّف الثاني؛ ولعله من جهة أنّ متعلقه غير معلوم أنّه العقد حتى يكون المراد الخيار في فسخه، أو في رد العوض واسترداده حتى يكون مقصوراً على صورة البقاء.

ويمكن تقوية الوجه الأول؛ لأنّ الظاهر من لفظ الخيار الخيار في العقد، ويؤيده تعريف العلماء له بأنّه ملك فسخ العقد، ولا يضر كونه اصطلاحاً من المتأخرين؛ لأنّ الظاهر أنّه مأخوذ من الأدلة الشرعية؛ لمعلومية أنّ غرضهم من ذلك بيان ما هو الموضوع للاحكام المذكورة في باب الخيار، هذا مع أنّ قوله عليه السلام (فاذا افترقا وجب البيع)[1] قرينة على أنّ المراد من الخيار عدم وجوب البيع والسلطنة على فسخه، هذا ولو كان لفظ الخيار في معقد اجماع العلماء فينبغي القطع بكون المراد منه السلطنة على الفسخ، وإنْ كان مجملا من حيث إنّه مشروط ببقاء العين أو لا، والغرض أنّ متعلقه العقد لا الرد والاسترداد.

الثالث: هل الأصل في صورة الشك وعدم الاستفادة من الدليل أحد الأمرين البقاء أو العدم؟

نقول: لا شك أنّ الأصل الأولي بقاء العقد وعدم الانفساخ بالفسخ، إلّا أنّ أصالة بقاء الخيار حاكم عليه على فرض جريانها، وإنّما الكلام في أنّها جارية أو لا، إنْ قلنا بعدم حجية الاستصحاب في الشك في المقتضي فلا اشكال في عدم الجريان، وكذا إذا كان الخيار معلقاً على أمر لم يوجد إلا بعد التلف، فانّه لم يثبت حتى يستصحب، وأمّا إذا لم يكن معلّقاً، أو حصل المعلق عليه قبل التلف، وقلنا بحجيته في الشك في المقتضي، فانْ علمنا بأنّ ما كان ثابتاً في السابق من باب الخيار، وشككنا في أنّه معلّق على بقاء العين وعدمه يجري الاستصحاب، وإنْ علمنا بأنّه من باب الرد والاسترداد وشككنا في بقائه وعدمه، أو شككنا في أنّه هل هو من باب الخيار أو من باب الرد والاسترداد فلا يجري.

بيان ذلك: أنّ لنا عنوانين، أحدهما الخيار، وهو عبارة عن ملك فسخ العقد

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ٤.

ويتبعه الرد والاسترداد، الثاني عنوان الرد والاسترداد ويتبعه الانفساخ، فمتعلق الأول العقد أولاً، والعوضان ثانياً، ومتعلق الثاني العوضان أولاً، والعقد ثانياً، وكل منهما إمّا أنْ يكون مشروطاً ببقاء العين أو لا.

وتوهم أنّ الاسترداد لا يعقل إلا مع البقاء مدفوع بمنع ذلك؛ فانّ استرداد العين قد يكون بمعنى مطالبتها مع خصوصياتها الشخصية، وهذا لا يعقل إلا مع البقاء، وقد يكون لا بملاحظتها، وحينئذٍ فلا مانع من تعلق الاسترداد بالعين التالفة، ألا ترىٰ أنّه يقال المغصوب مردود مع إرادة الأعم من حال وجوده؛ فيكون رده برد نفسه، وحال تلفه فيكون معنى رده رد عوضه، مع أنّه لو لم يكن كذلك لزم عدم تعقّل الفسخ حال التلف أيضاً، إذ مقتضى حل العقد وفسخه عود العوضين.

والحاصل: أنّه لا مانع من الاسترداد مع التلف، نعم لو وجد في لسان الدليل لفظ الرد أو الاسترداد كان ظاهراً في صورة البقاء، ولذا قلنا إنّه إذا كان كذلك يختص بصورة البقاء، وإنّما تظهر الثمرة فيما لو لم يكن الدليل لفظياً، حتى يكون ظاهره حجة، فانّه حينئذٍ محل الرجوع إلى الاستصحاب، فانْ كان العنوان المعلوم سابقاً هو الخيار فمقتضى القاعدة استصحابه مع الشك في تقييده وعدمه، وإنْ كان عنوان الرد وشك في كونه مطلقاً أو مقيداً فلا يجري؛ وذلك لأنّ القدر المعلوم سابقاً هو جواز أخذ العين بخصوصياتها، وهو غير أخذها بمعنى أخذ بدلها، ويحتمل جريانه؛ إذ غايته أنّه من باب استصحاب الكلي، وكذا الحال إذا شك في كون العنوان هو الخيار أو جواز الرد فانّه لا يجري؛ لعدم الحالة السابقة، ويحتمل الجريان لأنّه من باب استصحاب الكلي؛ والسر في الفرق بين الخيار والاسترداد في جريان الاستصحاب وعدمه ـ مع أنّ المفروض أنّ كلاً منهما مما شك في كونه مطلقاً أو مقيداً ـ أنّ التقييد في الأول لا يوجب مغايرة عنوانه مع عنوان المطلق، بخلافه في الثاني، وبعبارة أخرىٰ القيد في الأول ليس مقوّماً، بخلافه في الثاني، فتدبّر.

٦٩٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ومن المعلوم ...الخ)**[١].

أقول: قد عرفت عدم معلومية الانفساخ في التلف في زمان الخيار، وأنّ فيه احتمالات، فلا تغفل.

٧٠٠ ـ **قوله**ﷺ: **(اللهم إلّا أنّ يعلم ...الخ)**[٢].

أقول: يعني ولو مع اطلاق الدليل، لكنه مشكل كما يظهر منهﷺ الاعتراف به في آخر هذا الكلام.

٧٠١ ـ **قوله**ﷺ: **(فلا يرد عدم ...الخ)**[٣].

أقول: يعني لو نوقش في المطلب بالنسبة إلى خيار العيب والتدليس من جهة أنّ الحكمة لا يجب اطرادها نقول يكفي قيام الدليل على ذلك فيهما.

٧٠٢ ـ **قوله**ﷺ: **(لوجود المقتضي وعدم المانع ...الخ)**[٤].

أقول: لا نسلّم وجود المقتضي؛ إذ مجرد الكذب في رأس المال لا يقتضي الخيار، والعمدة في دليله الاجماع، والقدر المتيقن منه صورة عدم التلف، نعم لو كانت الزيادة المخبر بها كذباً مما يستلزم كونه مغبوناً جرى قاعدة الضرر، لكنه داخل حينئذٍ تحت خيار الغبن.

اللهم إلّا أنّ يقال: إذا كان بناؤهما على بيع المرابحة فكأنّه اشترط الاخبار بمقدار رأس المال الواقعي، فلو تبيّن الخلاف يكون من باب تخلّف الشرط الضمني، فيكون موجباً للخيار، فتدبّر.

٧٠٣ ـ **قوله**ﷺ: **(إلّا أنّ يدعى انعقاده ...الخ)**[٥].

أقول: الانصاف أنّ الاجماع منعقد على عنوان الخيار، غاية الأمر أنّ بعض

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٨٩.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٨٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٩٠.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٩٠.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ١٩١.

المجمعين ممن يشترط فيه بقاء العين فلا بأس بالتمسك بالاستصحاب بناءً على حجيته في الشك في المقتضي.

٧٠٤ـ **قوله ﷺ: (ما إذا جعل المتعاقدين** ...الخ)[١].

أقول: إنْ علم إرادتهما عنوان الخيار مع التقييد بالبقاء فلا اشكال في السقوط بالتلف، كما أنّه لو علم ذلك مع عدم التقييد به لا اشكال في البقاء، وكذا إنْ علم إرادتهما الرد والاسترداد مع ملاحظة خصوصية العين لا اشكال في السقوط، ومع العدم لا اشكال في البقاء، وإنّما الاشكال فيما لو علم إرادتهما الخيار مع عدم التقييد، لكن علم كون غرضهما الرد والاسترداد.

والحق أنّ الغرض لا يكون مقيداً فيحكم بالبقاء، وكذا فيما لو لم يعلم منهما إرادة الخيار أو عنوان الرد والاسترداد مع ملاحظة خصوصية العين، وحينئذٍ ففي جريان الاستصحاب اشكال، والأقوى عدمه كما عرفت سابقاً.

وبالجملة: لا فرق بين الخيار الشرعي والجعلي في عدم كون الغرض مقيداً، فانّه من قبيل الحكمة، ولا يجب اطرادها، فيعمل بالاطلاق على فرض وجوده في المقامين، ومع عدمه فالمرجع الأصل فيهما، فتدبّر.

٧٠٥ـ **قوله ﷺ: (ومن هنا يمكن القول** ...الخ)[٢].

أقول: فيه منع ظاهر، خصوصاً مع ملاحظة كون الغالب أنّ المبيع فيه أزيد من الثمن بحسب القيمة كثيراً، فليس الغرض تخصيص الخيار بصورة البقاء.

٧٠٦ـ **قوله ﷺ: (ومن هنا يمكن أنْ يقال** ...الخ)[٣].

أقول: يعني مما ذكرنا من أنّه لو كان العنوان هو الرد والاسترداد يكون مختصاً بصورة البقاء.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩١.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٩٢.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٩٢.

٧٠٧ ـ **قوله**ﷺ: **(إذا لم يدل أدلة ...الخ)**[١].

أقول: يعني أنّه لا يعلم منها كون الخيار بمعنى ملك فسخ العقد حتى يمكن بقاؤه مع التلف، بل يحتمل أنْ يكون بمعنى جواز الرد والاسترداد، والقدر المتيقن هو ذلك، لا عنوان الخيار بالمعنى المصطلح، لكنك عرفت أنَّ ظاهر لفظ الخيار هو السلطنة على العقد، أعم من أنْ يكون مع اشتراط بقاء العين أو لا معه، فاذا شك في ذلك يمكن ابقاؤه بالاستصحاب بناءً على عدم اختصاصه بالشك في المانع.

وكان الأولى للمصنّفﷺ أنْ يعلل الحكم ـ أعني عدم الخيار عند التلف ـ بعدم حجية الاستصحاب؛ لكونه شكاً في المقتضي كما هو مذهبه، فيكون المرجع أصالة بقاء العقد، وعدم انفساخه بالفسخ، لا بما علله من عدم معلومية كونه من باب الخيار أو من باب الاسترداد، فتدبّر.

❑ لو فسخ ذو الخيار فالعين في ضمانه

٧٠٨ ـ **قوله**ﷺ: **(لو فسخ ذو الخيار ...الخ)**[٢].

أقول: أمّا من حيث الحكم التكليفي فلا اشكال في وجوب الرد عليه معيناً مع علم الأخر، ومطلقاً البتة، ومخيراً بينه وبين الاعلام مع عدم علمه به، ولا يجب عليه ذلك مع العلم وعدم المطالبة، فلو عصى في صورة الوجوب صارت يده يد ضمان.

وأمّا من حيث الضمان وعدمه فمحل الاشكال الصورة الأخيرة مع عدم الاذن الجديد في الابقاء أيضاً، ومجمل الكلام أنّا إنْ قلنا بعموم قاعدة اليد ـ المستفادة من خبر على اليد ما أخذت ـ لصورة عدم العدوان أيضاً فمقتضى القاعدة الضمان؛ لعدم المخرج الذي هو الاذن والاستئمان، وإنْ قلنا بتخصيصها بالأيادي العادية فمقتضاها عدم الضمان، وكذا الكلام بالنسبة إلى المفسوخ عليه، فالمسألة من جزئيات قاعدة ضمان اليد، نظير المقبوض بالسوم ونحوه.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩٢.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٩٣.

ومحصل كلام المصنّفﷺ أيضاً ما ذكرنا، إلّا أنّ بيانه لا يخلو عن اغتشاش كما لا يخفىٰ، فانّ تمسكه بأصالة بقاء الضمان الثابت قبل الفسخ، بمعنى كون العين في مقابل العوض الجعلي، لا وجه له إنْ أريد به جعله وجهاً للـمسألة؛ ضـرورة أنّ الضمان السابق لا ربط له بما يراد اثباته في اللاحـق، بـل مـقتضى الأصـل عـدم الضمان بهذا المعنى، وإنْ أريد به ما ذكره من بيان عدم ما يقتضي كونها أمانة فلا حاجة فيه إلى التمسك بالأصل، فانّ عدم كونها أمانة شرعية ولا مالكية معلوم، مع أنّ الضمان في السابق لا يكون له مدخلية في المطلب؛ إذ لو فرض عدمه أيـضاً يكون الحال كذلك، فانّ مقتضى عموم اليد الضمان ولو في مثل الفسخ في مثل الهبة الغير المعوضة، والصلح في مقام الهبة، مع أنّه لم يكن مضمونة في السابق، فتدبّر.

٧٠٩ ـ **قولهﷺ: (أو إلى أنّها قبضت** ...الخ)[١].

أقول: لا محصل لهذا الكلام، إذ لا وجه لتعين الضمان بالعوض الواقعي إذا بطل الضمان بالثمن، والاستصحاب لا معنى له كما عرفت، مع أنّ هذا منافٍ لما ذكره أولاً من أنّ الغرض من التمسك بالضمان السابق بيان عدم ما يقتضي الأمانة، فانّ لازم هذا البيان أنّ المقصود ليس إلا التمسك بعموم على اليد، وأنّ المطلب لا يتم إلا به، ومقتضى هذه الفقرة امكان اتمام المطلب مع الاغماض عن العموم؛ مـن جهة الضمان السابق، فتدبّر.

٧١٠ ـ **قولهﷺ: (ولكن المسألة لا يخلو عن اشكال** ...الخ)[٢].

أقول: ظاهره خصوصية للمقام في الاشكال، مع أنّه لا فرق بينه وبين سائر موارد اليد الغير العادية، فالمطلب كما عرفت يدور مدار تمامية العموم وعدمها، بدعوى الانصراف إلى الأيادي العادية، ويمكن أنْ يكون نظر المصنّف أيضاً إلى الاشكال في العموم وعدمه، لا لخصوصية في المقام، لكنه منافٍ لما يظهر منه في سـائر

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩٣.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٩٣.

المقامات من الأخذ بالعموم المذكور، فتدبّر.

٧١١ ـ قوله رحمه الله: **(وأمّا العين في يد** ...الخ)[1].

أقول: لا وجه للفرق بين يد الفاسخ ويد المفسوخ عليه؛ إذ محل الكلام في المقامين صورة عدم ما يقتضي الضمان ولا عدمه من صيرورة اليد عادية، أو حصول الاذن الجديد، أو الرضا المفيد للاستئمان؛ إذ مع فرض أحد الأمرين في المقامين لا اشكال في الحكم، فمآل الكلام إلى أنّ مجرد هذه اليد هل يقتضي الضمان أولا؟ وهذا لا فرق فيه بين المقامين كما هو واضح.

هذا، مع أنّ كون ترك العين في يد صاحبه مشعراً بالرضا ممنوع، وعلى فرضه فالاشعار غير كافٍ، مع أنّ في الفاسخ أيضاً يمكن أنْ يكون كذلك، بأنْ يكون المفسوخ عليه بعد علمه بالحال لم يطالب العين وتركها في يد الفاسخ.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩٣.

النَّقْدُ وَالنَّسِيئَةُ

النقد والنسيئة

٧١٢ـ **قوله**ﷺ: (**بيع الكالي بالكالي** ...الخ)[١].

أقول: هو اسم فاعل من «كلا» بمعنى تأخر، كما يظهر من القاموس[٢]، يقال «كلا الدين» أي تأخر، فعلى هذا الكالي أي المتأخر، لكنه قال (والكالي النسئية)، وعن صاحب النهاية[٣] التصريح بأنَّ «كلا» بمعنى تأخر، وفي الروضة[٤] الكالي اسم فاعل أو مفعول من المراقبة؛ لمراقبة كل من الغريمين صاحبه لأجل دينه، وكأنه جعله من «كلاه» بمعنى حرسه، وهو بعيد، وذكر في المسالك[٥] أنَّه إنْ جعل اسم فاعل يكون فيه إضمار، أي بيع مال الكالىء بمال الكالىء، وإنْ جعل اسم مفعول فلا اضمار فيه، والمتعين ما ذكرنا من أنَّه بمعنى المتأخر.

ثم إنَّ صاحب القاموس ذكر في باب اللام (أنَّ الكأل أنْ تشتري أو تبيع ديناً لك على رجل بدين له على آخر)[٦]، وظاهره أنَّه يصح أنْ يقال بيع الكائل بالكائل، وعلى هذا يمكن أنْ يكونا لغتين، ويمكن أنْ يكون أحدهما من باب القلب المكاني.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩٧.
(٢) قاموس المحيط، باب الهمزة، فصل الكاف، ١: ٢٧.
(٣) النهاية ٤: ١٩٤، باب الكاف مع اللام.
(٤) الروضة البهية ٣: ٥١٢.
(٥) مسالك الافهام ٣: ٢٢.
(٦) قاموس المحيط، باب اللام، فصل الكاف، ٤: ٤٥.

٧١٣ ـ قوله﴿قدس سره﴾: **(وهي النسئية ...الخ)**[١].

أقول: هي من «نسأ» بمعنى أخر، فيكون بمعنى المؤخرة، لكن في القاموس (بعته بنسأة وبنسيئة باخرة، والنسيء الاسم منه)[٢]، وفي الروضة[٣] مأخوذ من النسيء، وهو تأخير الشيء، تقول أنسأت الشيء إنساءً إذا أخرته، والنسيئة اسم وضع موضع المصدر.

ثم إنّ هذه الاقسام كلها صحيحة إلا الثاني فانّه باطل بالاجماع؛ وللنهي عن بيع الدين الصادق عليه، فانّ الدين يشمل ما كان بالعقد، كما يشمل ما كان سابقاً عليه، فبيع الدين بالدين أقسام ثلاثة:

أحدها: أنْ يبيع الكلي المؤجل بالكلي المؤجل، وهو البيع الكالي بالكالي.

الثاني: أنْ يبيع ديناً سابقاً على العقد بعد حلوله أو قبله بدين كذلك.

الثالث: أنْ يبيع ديناً سابقاً بكلي مؤجل أو بالعكس، وكل هذه الاقسام باطلة؛ لقول الصادق﴿عليه السلام﴾ في خبر طلحة بن زيد (قال رسول الله﴿صلى الله عليه وآله﴾ لا يباع الدين بالدين)[٤]، ولبيان وتحقيق الحال في جميع الشقوق مقام آخر.

ثم إنّ الظاهر أنّه لا فرق في بيع النسيئة بين أنْ يكون الأجل على وجه التعيين؛ بحيث يكون حقاً لكل من البائع والمشتري، أو على وجه جواز التأخير للمشتري، بأنْ يكون حقاً له فقط، بمعنى أنّ كلاً منهما يصدق عليه بيع النسيئة.

ولكن قال في المستند (ولو لم يشترط التأخير، ولكن شرط جواز التأخير إمّا صريحاً نحو قوله «بعتك بشرط أنْ يكون لك التأخير إلى عشرة أيام» أو التزاماً، نحو «بعتك بشرط أنْ لا يؤخر الثمن عن عشرة أيام»؛ حيث إنّه يفهم منه عرفاً أنّ له التأخر ما دون العشرة، ومنه قوله «بعتك بشرط أنْ تؤدي الثمن اليوم، أو أنْ تعجله في اليوم» فانّه يستلزم جواز التأخير ما لم يفت اليوم، ففيه اشكال سيما إذا كان

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩٧.
(٢) قاموس المحيط، باب الهمزة، فصل النون، ١: ٣١.
(٣) الروضة البهية ٣: ٥١٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب السلف، ح ٢.

زمان تجويز التأخير قليلاً بالنسبة إلى جعله نسيئة نحو ساعة، مع أنّ شرط التأخير ساعة نسيئة قطعاً، أو كان الزمان طويلاً بالنسبة إلى احتمال كونه نقداً، نحو سنة، فانّ الظاهر أنّ الأول نقد، سيما إذا قال «بشرط أنْ يؤدي الثمن اليوم أو الساعة»، والثاني نسيئة، سيما إذا قال «بشرط أنْ يكون لك التأخر إلى سنة، أو لا تؤخر عن السنة» مع أنّ شرط التأجيل يكون نسيئة من غير فرق بين الزمان القليل أو الكثير، ويحتمل أنْ يشترط في التعجيل عدم شرط التأخير مطلقاً، ولا تجويزه إلا في مدة قليلة لا ينافي التعجيل عرفاً، نحو ساعة أو يوم.

ويظهر من المسالك وغيره أنّ شرط التعجيل في هذا اليوم مثلاً نقد؛ حيث عين مثل ذلك زمان التعجيل، ويظهر الفائدة في مواضع كثيرة، منها في خيار تأخير الثمن عن ثلاثة، فتأمل)[1] انتهى.

والتحقيق: أنّ شرط جواز التأخير يدخله في النسئية إذا كان صريحاً، وأمّا إذا كان بالالتزام فانْ كان المقصود بيان الأمرين، بأنْ يكون المراد من قوله «بشرط أنْ تعجله في اليوم أو لا تؤخره عن هذا اليوم» جواز التأخير إلى آخر اليوم، وعدم جواز تأخيره عنه كان من المؤجل أيضاً، وأمّا إذا كان المقصود مجرد عدم التأخير عن اليوم فليس منه.

بل يمكن أنْ يقال: إنّه إذا طالب قبل آخره يجب أداؤه، فيكون فائدة الشرط عدم جواز التأخير عن اليوم، وأنّه لو أخره يكون من تخلّف الشرط.

ثم ما ذكره من الثمرة في خيار التأخير فنظره إلى ما هو المقرر فيه من اشتراطه بعدم كون الثمن مؤجلاً، فانّهم ذكروا أنّه لو كان كذلك ليس للبائع خيار التأخير، ولو كان الأجل قليلاً، ولكن يمكن أنْ يقال بعدم الثمرة؛ إذ المدار هناك على جواز التأخير ولو لم يصدق عليه النسيئة أو المؤجل، ولعله إلى هذا أشار بقوله «فتأمل».

ثم الظاهر أنّ من المؤجل أيضاً ما إذا قال «بشرط أنْ لا يكون لي المطالبه إلى شهر» فانّه في معنى تجويز التأخير إليه، وأمّا لو قال «بشرط أنْ لا أطالب بالثمن إلى

---

(١) مستند الشيعة ١٤: ٤٣٣.

شهر» فالظاهر أنّه ليس من المؤجل، فانّ ذلك لا يستلزم جواز التأخير، فلو خالف وطالبه قبل تمام الشهر وجب الاداء، فهو كما لو نذر أنْ لا يطالب ديناً أصلاً، أو إلى زمان كذا، أو في خصوص هذا الثمن، فانّه لا يستلزم التأجيل، ألا ترىٰ أنّه يصح أنْ يشترط عدم المطالبة أصلاً بدون بيان مدة، مع أنّه لو كان من المؤجل كان باطلاً؛ لاستلزامه جهالة الأجل.

والظاهر أنّه يجب على المشتري حينئذٍ المبادرة بدفع الثمن؛ لأنّ جواز التأخير يحتاج إلى دليل، وإلا فمقتضى ملكيته للبائع وجوب دفعة إليه ولو مع عدم المطالبة، وإنّما نقول بعدم وجوبه لا معها من جهة كشفه عن الرضا بالتأخير، وفيما إذا اشترط عدم المطالبة لا يكون كاشفاً عنه، فلا يجوز التأخير.

والحاصل: أنّ مالكية البائع للثمن في ذمة المشتري كمالكيته للثمن المعين في يده، فكما أنّه لا يجوز ابقاؤه تحت يده إلا باذن، أو ثبوت حق، أو نحو ذلك فكذا لا يجوز ابقاؤه في ذمته إلا بذلك، وعدم المطالبة كاشف عن الاذن إذا لم يكن من جهة وجوبه عليه، وأمّا إذا كان كذلك فلا يكون كاشفاً، فلا بدّ من المبادرة إلى دفعه إليه؛ لقولهﷺ (لا يحل مال أمرء إلا بطيب نفسه) فانّه يشمل الكلي الثابت في الذمة.

ومما ذكرنا يظهر أنّ وجوب الدفع بعد حلول الأجل فيما لو كان مؤجلاً لا يتوقف على المطالبة إلا إذا كان عدمه كاشفاً عن الرضا في التأخير، فلو كان من جهة مانع أو جهل بأصل الدين، أو جهل بحلوله وجب على المديون دفعه إليه أو اعلامه بالحال ليطالب لو كان مريداً للمطالبة.

٧١٤ ـ قولهﷺ: (وعلله في التذكرة ...الخ)[1].

أقول: ويمكن أنْ يعلل أيضاً بأنّ الاطلاق ينصرف إلى النقد، فيكون كالشرط الضمني، ولعله مراد صاحب المستند من أنّ المتبادر منه النقد، لكن لازم هذا الوجه أنْ يكون له الخيار عند التخلف كما في صورة الشرط الصريح، ولا يلتزم به،

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩٨.

ويمكن أنْ يعلل أيضاً بأنّه لولاه فامّا أنْ ينصرف إلى أجل معين، وهو تحكّمٌ، أو لا فيلزم عدم وجوب الدفع أبداً ولو مع المطالبة، وهو مستلزم لابطال المبيع، وهو كونه بلا ثمن، فتأمل.

٧١٥ ـ **قوله**ﷺ: (**لكنه خلافاً متفاهم** ...الخ)[١].

أقول: هذا ممنوع، بل المتفاهم العرفي دفعه ولو مع عدم المطالبة، فدعوى المشهور من كونه تأكيداً في غير محلها.

٧١٦ ـ **قوله**ﷺ: (**مع أنّ مرجع** ...الخ)[٢].

أقول: هذا وجه آخر لتوجيه اطلاق المشهور، وحاصله أنّه لو سلّم عدم كون المتفاهم العرفي ما ذكر نقول إنّ مقتضى عدم المطالبة اسقاط الحق الذي هو الدفع ولو مع عدم المطالبة، فيكون حاله حال إذا لم يشترط؛ فصح ما ذكروه من كونه تأكيداً، وأنت خبير بما فيه؛ إذ مع فرض كون مفاد الشرط الدفع ولو مع عدم المطالبة لا نسلّم أنّ عدم المطالبة راجع إلى اسقاط الحق، وهذا واضحٌ جداً.

٧١٧ ـ **قوله**ﷺ: (**وهو حسن** ...الخ)[٣].

أقول: بل لا حسن فيه؛ إذ مع فرض كون زمان التعجيل المشترط ممتداً بحيث يتصوّر له أول وآخر فالتأخير من أول وقته لا يكون من تخلّف الشرط حتى يستلزم الخيار، وما ذكره من أنّ التعجيل المطلق معناه الدفع ...الخ، فيه مع كونه ممنوعاً أنّه لا يتصوّر حينئذٍ أول وآخر، متى يكون التاخير عن أوله موجباً للخيار، فالحق ما ذكره في الدروس، فتدبّر.

٧١٨ ـ **قوله**ﷺ: (**ولا حاجة إلى تقييد** ...الخ)[٤].

أقول: الظاهر أنّ نظره في ذلك إلى الايراد على صاحب الجواهر ـ حيث إنّه أورد

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ١٩٩.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ١٩٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ١٩٩.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ١٩٩.

على ما ذكره الفقهاء من أنّ اشتراط التعجيل تأكيد ـ أولاً: بمنعه؛ فانّه يفيد وجوب الدفع ولو مع عدم المطالبة، بخلاف صورة عدم الاشتراط، إلّا أنّ يقال فيها أيضاً بوجوبه بدونها.

وثانياً: بأنّه مستلزم للجهالة إذا تعدد أفراد التعجيل.

وثالثاً: أنّه لا بدّ من تقييد الخيار بعدم امكان الاجبار كما في المسالك، وإلا أُجبر على الوفاء به، قال (وقد يحتمل الاطلاق كما ستسمع في بحث الشروط).

وحاصل ما أورده المصنّف عليه أولاً بقوله (لأنّ المقصود ...الخ) أنّ المقصود هاهنا ثبوت الخيار على تقدير فوت التعجيل، ومعه الخلاف لا فرق بين أنْ يكون الاجبار ممكناً أو لا وواجباً أو لا، فانّ هذه مسألة أخرىٰ، ولا يجب بيان تمام الجهات؛ إذ الغرض مجرد بيان أنّ التخلّف موجب للخيار، وأمّا أنّ ذلك مشروط بعدم امكان الاجبار أو لا فبيانه في محل آخر.

وحاصل ما ذكره ثانياً بقوله (مضافاً إلى ...الخ) أنّه لا يتصور الاجبار في المقام فالتقييد في غير محله، وذلك لأنّ المفروض فوات زمان التعجيل، فالاجبار على الاداء ليس اجباراً على الوفاء بالشرط، بل لا يتصوّر الاجبار أصلاً؛ إذ قبل الفوات أيضاً لا يجوز الاجبار.

قلت: أمّا الوجه الأول فيمكن دفعه بأنّ جواز ترك البيان إحالة على بيان ذلك في محل آخر لا يقتضي عدم الحاجة إليه، فانّه وإنْ كان مسألة أخرىٰ إلا أنّها مرتبطة بهذه المسألة، وإذا كان في صدد البيان فلا بدّ من بيان تمام الجهات، وليس غرض صاحب الجواهر أنّه لا يجوز الاحالة على ذلك المقام، بل غرضه دفع توهم ثبوت الخيار مطلقاً.

ثم إنّه لا يخفىٰ ما في كلام المصنّف ﷺ من عدم حسن التأدية؛ إذ مقتضى أول كلامه أنّ الاجبار مما لا محل له؛ لأنّ المفروض فوت زمان المشروط، وهو التعجيل حسبما ذكره في الوجه الثاني، ومقتضى تعليله بكون الاشتراط بعدم امكان الاجبار مسألة أخرىٰ الاغماض عن ذلك، فكان الأولى في الايراد الأول

الاقتصار على كون ذلك مسألة أخرىٰ.

ويمكن على بُعد أنْ يكون مراده من قوله (أمكن إجباره أم لم يمكن) أمكن سابقاً على زمان الفوات ولم يمكن، فيكون حاصله أنَّ امكان الاجبار وعدمه أو وجوبه وعدمه قبل فوات الشرط ـ وهو التعجيل ـ لا دخل له بما بعد الفوات، والمقصود ثبوت الخيار بعد الفوات، فلا وجه للتقييد بعدم امكان الاجبار، ويكون الغرض من الوجه الثاني بيان أنّه قبل الفوات أيضاً لا محل للاجبار.

وحاصل الوجهين حينئذٍ أنَّ الاجبار لا محل له في المقام أصلاً، لا قبل الفوات، ولا بعده، فالتقييد بعدم إمكانه لغو لا حاجة إليه، هذا.

وأمّا الوجه الثاني فهو إنّما يتم إذا لم يكن زمان التعجيل المشترط ممتداً؛ بحيث يتصوّر له أول وآخر، أو كان كذلك وقلنا بجواز التأخير إلى آخر زمانه، كما هو الحق، وأمّا إذا قلنا بعدم جواز ذلك، وأنَّ التأخير عن أول وقته موجب للخيار كما اختاره المصنّف‌ﷺ فيتصور الاجبار، ويجرى في المقام حكمه، فانّه لو أخر عن أول زمانه يكون له الخيار إذا لم يمكن اجباره بناء على التقييد به؛ إذ حينئذٍ إجباره إجبار على الوفاء بالشرط؛ لأنَّ المفروض سعة زمانه، وإنْ كان يجب عليه المبادرة في أول أوقاته، هذا.

مع أنّه على الأولين أيضاً و إنْ كان لا يتصوّر الاجبار بعد الفوات؛ إلا أنّه يتصوّر قبله، فانّه بناءً على عدم توسعة زمانه له اجباره عليه من أول الأمر، وعلى فرض توسعته وجواز التأخير إلى آخر أزمنته له إجباره في الجزء الآخر من الوقت، فلا وجه لما ذكره من أنَّ قبل انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الاجبار؛ إذ لو استكشف من حاله أنّه غير بانٍ على الاداء يجوز له اجباره.

والحاصل أنَّ الواجب المضيق أيضاً يقبل الاجبار إذا علم من حاله البناء على تركه، هذا.

ولازم بيان المصنّفﷺ عدم امكان الاجبار على أداء واجب أصلاً؛ إذ هو إمّا مضيق أو موسع، والأول لا يجوز اجباره عليه قبل انقضاء زمانه، والثاني لا يجوز

اجباره عليه في زمان التوسعة؛ لمكان الاذن في التأخير، وبعد الضيق حاله حال المضيق البدوي، مع أنّ الأمر ليس كذلك، ولعمري إنّه واضحٌ جداً.

❑ يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة

٧١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(مدة معينة** ...الخ)[١].

أقول: لكن المدار فيه على ما يعدُّ تعييناً عرفاً، فيجوز الاكتفاء بذكر الشهر الهلالي وإنْ لم يعلم أنّه تام أو ناقص، مع أنّه لو قال إلى تسعة وعشرين أو ثلاثين يكون باطلاً، وكذا التعيين باليوم مع عدم معرفة ساعاته، ولو ردد بين الساعات بطل، ولعل الفرق أنّه يكفي التعيين بواحد من الجهات، ولا يلزم ذلك من جميعها.

٧٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(لغواً، بل مخالفاً** ...الخ)[٢].

أقول: أمّا اللغوية فأمرها سهل؛ إذ يمكن فرض المصلحة، وأمّا المخالفة للشرع فيمكن منعها، فانّ التصريح بالبقاء إلى الألف من حيث هو لا مانع منه، وليس مخالفاً للشرع، وحكم الشارع عليه بالحلول بالموت تعبد منه، ونمنع أنّ الشرط المذكور في قوة أنْ يقال بشرط أنْ لا يحل بالموت، كيف؟ وإلا لزم البطلان فيما لو كان الأجل قصيراً واتفق موت المشتري قبله، والعلم والجهل لا مدخلية لهما في ذلك، فانّ المخالف للشرع باطل وإنْ لم يعلم به المتبايعان حين البيع.

فالتحقيق صحة الشرط المذكور، والظاهر عدم الخيار لوارث المشتري من جهة الحلول، خلافاً لما عن التذكرة والمسالك حيث احتملا ذلك، ولا وجه له.

٧٢١ ـ **قوله**ﷺ: **(والمهرجان** ...الخ)[٣].

أقول: هو كاصفهان، اليوم السادس عشر من «مهرماه» الذي هو الشهر الأول من الخريف، وهو يوم عيد للفرس.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٠.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٢، «بل مخالفاً» وردت في نسخة.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٢.

٧٢٢ـ **قوله**‌ﷺ: **(وظاهر التذكرة اختيار ...الخ)**[١].

أقول: ظاهره اختصاص الجواز بما كان معلوماً عند العامة، لا مجرد تعينه في نفسه كموت زيد، وقدوم الحاج، وهو ليس ببعيد، فانّه يندفع به الغرر، وكذلك الكلام في المقدار؛ ولذا ترىٰ سيرة المسلمين على الاكتفاء بذلك؛ إذ ليسوا ملتزمين بمعرفة كمية عيار البلد بحسب المثقال والدرهم في مقابل المعاملة، فتأمل.

❑ لو بثمن حالاً وبأزيد مؤجلاً

٧٢٣ـ **قوله**‌ﷺ: **(لو باع بثمن حالاً وبأزيد ...الخ)**[٢].

أقول: إمّا أنْ يجعل كل من الأقل والأزيد ثمناً للمبيع كما هو الظاهر عنوان الفقهاء، وإمّا أنْ يكون الثمن هو الأقل، ويكون الزيادة من باب الشرط.

وعلى التقدير الأول إمّا أنْ يكون البيع منجزاً ويكون الترديد في الثمن كما في بيع أحد العبدين، وهذا محط كلام الفقهاء، وإمّا أنْ يكون من باب التعليق، كأنْ يقول إنْ كان الثمن نقداً فبعتك بكذا، وإنْ كان مؤجلاً فبكذا، وإمّا أنْ يكون الترديد في الايجاب فقط، ويقبل المشتري على وجه تعيين أحد القسمين.

وعلى التقدير الثاني إمّا أنْ يكون البيع وارداً على الأقل نقداً، ولكن يشترط الزيادة في مقابل التأخير، فيقول «بشرط أنْ يجوز لك التأخير إلى كذا بزيادة كذا»، وإمّا أنْ يكون كذلك ويشترط الزيادة على فرض التأخير في مقابله، وإمّا أنْ يكون كذلك ويشترط الزيادة مجاناً لكن عند التأخير، لا في مقابله.

أمّا على تقدير كونها على وجه الشرطية ففي الصورة الأولى منها مقتضى القاعدة بطلان الشرط؛ لكونه رباً، وأمّا بطلان البيع فمبني على القولين من كون الشرط الفاسد مفسداً أو لا، وعلى تقدير عدم بطلان البيع لا يلزم على البائع الصبر إلى الأجل؛ لأنّ المفروض سقوط الشرط وبطلانه خلافاً لما يظهر من العبارة

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٣.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٤.

المحكية عن الدروس، ولا وجه له حسبما ذكره المصنّف.

لا يقال: لا فرق بين هذه الصورة وبيع النسيئة؛ إذ المفروض ضرب الأجل واشتراط جواز التأخير إلى زمان كذا، فلم قلت بالبطلان، وأنّه من بيع النقد، ويكون الشرط من باب الربا؟!

لانا نقول: لا بدّ في المؤجل من كون الثمن هو المقدار الزائد بشرط الأجل، وفي المقام جعل الثمن هو الأقل، وضرب الأجل في مقابل الزيادة، فلا يكون من باب النسيئة؛ لأنّ الزيادة ليست جزءً من الثمن.

وأمّا في الصورة الثانية فمقتضى القاعدة أيضاً بطلان الشرط؛ لما مرّ من كونه رباً.

وأمّا الصورة الثالثة فيمكن القول بعدم البطلان؛ لعدم جعل الزيادة في مقابل الأجل، بل شرطت في البيع مجاناً على تقدير التأخير، والحق أنّه أيضاً رباً، فحالها حال الصورة الثانية.

وأمّا على التقدير الأول فالصورة الثالثة منه ـ وهي كون الترديد في الايجاب فقط ـ قد يقال فيها بالصحة؛ لوجود المقتضي من الاطلاقات وعدم المانع من الغرر والجهالة؛ لأنّ المفروض تعيينه في القبول، ولا يضر الترديد في الايجاب بعد كون الثمن على الوجهين معيناً، والأقوى البطلان؛ لعدم جزم الموجب، فيكون غرراً ولو باعتبار الايجاب، هذا.

ولكن الانصاف إنّ المسألة مشكلة بناءً على مضرية الجهالة وكون مطلقها غرراً؛ ولذا قال في الجواهر (والأول لا يخلو عن قوة بناءً على عدم منع مثل هذه الجهالة، وإلا فالثاني)[1].

أقول: وأمّا الصورة الثانية فلا اشكال فيها في البطلان من جهة التعليق المبطل لمثل البيع بالاجماع.

وأمّا الصورة الأولى فالحق فيها أيضاً البطلان على الوجه المذكور في الايجاب

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٠٧.

والقبول، بمعنى عدم الصحة مع وصف الترديد وفاقاً للمشهور، بل ادعى المصنّف‌ﷺ عدم الاشكال والخلاف فيه؛ لقاعدة الغرر والجهالة، مضافاً إلى النصوص الخاصة الناهية عن شرطين في بيع، لكن عن الاردبيلي‌ﷺ الاشكال في اندراج ذلك تحت قاعدة الغرر؛ لأنَّ الثمن معلوم على كل من التقديرين، والاختيار إلى المشتري.

ويؤيده ما ذكره جماعة من باب الاجارة من الحكم بالصحة فيما لو قال «إنْ خطته رومياً فبكذا، وإنْ خطته فارسياً فبكذا» أو «إنْ خطته في اليوم فبكذا، وإنْ خطته غداً فبكذا».

ويمكن أنْ يستدل عليه بآية موسى‌عليه السلام[1]، وبما ورد في بعض الأخبار كخبر الحلبي[2]، وصحيحة أبي حمزة[3] من جواز الاجارة على أنْ يحمل متاعه إلى مكان كذا بأجرة معينة إذا أورده في ذلك المكان يوم كذا، وبأقل إنْ أورده في يوم آخر، أو إجارة الدابة بأجرة معينة إلى مكان كذا، فانْ جاوزه فبأجرة معينة أيضاً، فراجع.

ولكن التحقيق الفرق بين المقامين، فنقول بالصحة في الاجارة من جهة الروايتين، فتدبّر.

وربما يفرق بينهما بوجه آخر، وهو أنَّ العمل الذي يستحق به الأجرة في باب الاجارة لا يمكن وقوعه إلا على أحد الصفتين، فتتعين الأجرة المسماة، فلا يقتضي التنازع، بخلاف البيع، وفساده واضح؛ لأنَّ الاشكال إنَّما هو في مقدار الاستحقاق قبل العمل، وإلا ففي البيع أيضاً إذا لم يعطه الثمن نقداً يتعين الأكثر، وإذا أعطاه نقداً تعين في الأقل، هذا كله مع الاغماض عن النصوص الخاصة الدالة على البطلان، وإلا فبملاحظتها لا ينبغي الاشكال في البطلان في المقام، وإنْ لم نقل به في باب الاجارة بمقتضى القاعدة أيضاً.

ودعوى أنَّها مجملة مرددة بين معانٍ كما ترىٰ؛ إذ الظاهر منها هو هذا العنوان

---

(١) القصص، الاية ٢٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٣ من ابواب احكام الاجارة، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام الاجارة، ح ٨.

كما فهمه الاصحاب أيضاً، ويدل عليه خبر السكوني[١] فانّه بمنزلة المفسر لتلك الأخبار.

ثم إنّ ما ذكرنا من البطلان إنّما هو مع قطع النظر عن رواية السكوني، وصدر رواية محمد بن قيس[٢]، وأمّا بالنظر إليهما فيمكن القول بالصحة بمقتضى مضمونهما، ولا يضر كونهما على خلاف القواعد من جهات بعد اعتبار سندهما في الجملة، من جهة اشتهارهما بين الاصحاب، فانّهم بين عامل بهما، وبين حامل لهما على بعض المحامل، مع أنّ الثانية تعدّ من الحسن أو الصحيح، وحملهما على إرادة البطلان، وكون المشتري ضامناً للمبيع التالف في يده بالثمن الأول، وإنْ تأخر الدفع إلى آخر الأجل ـ بعد دعوى كون القيمة غالباً بمقدار الثمن المعين على تقدير النقد ـ كما ترىٰ، وكذا حملهما على صورة كون الزيادة من باب الشرط، وكون الثمن هو الأقل، وحيئئذٍ فالشرط فاسد للربا، والبيع صحيح، وتكونان من الأدلة على عدم كون الشرط الفاسد مفسداً.

وأبعد منهما حملهما على ما إذا كان الترديد في الايجاب فقط، وكان المشتري معيناً لأحدهما، وأبعد من الجميع حملهما على صورة كون ذلك من باب الشرط بعد العقد الذي لا يلزم الوفاء به، فالانصاف أنّ مقتضى القاعدة العمل بهما، وحيئئذٍ فلا بدّ من تخصيص قاعدة الغرر والجهالة، وقاعدة كون العقود تابعة للقصود، واشتراطها بالتراضي، وحمل الاخبار المتقدمة الناهية عن الشرطين في بيع، أو البيعين في بيع على غير هذا الفرض، أو على الكراهة، أو الحرمة التعبدية.

ويؤيد أحد الأخيرين كون قوله عليه السلام (من ساوم بثمنين أحدهما عاجل والآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة)[٣] من تتمة رواية محمد بن قيس على ما في الكافي، فانّ الجمع بين الصدر والذيل يقتضي أحد الوجهين.

والحاصل: أنّ الروايتين معتبرتان سنداً، ظاهرتان دلالة، وقد عمل بهما من

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العقود، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العقود، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العقود، ح ١.

الاصحاب جماعة من القدماء، وبعض متأخري المتأخرين فلا مانع من العمل بهما، لكن لا يقاس عليهما صورة كون البيع نسيئة على التقديرين، كما إذا قال إلى شهر بدرهم أو إلى شهرين بدرهمين؛ لكون الحكم على خلاف القاعدة، والمناط غير منقح، وما عن سيد الرياض[١] وظاهر صاحب الحدائق[٢] من عدم القائل بالفرق ممنوع، وعلى تقديره غير نافع كما لا يخفى.

٧٢٤ ـ قوله ﷺ: (وقال في المختلف ...الخ)[٣].

أقول: الظاهر من عبارته صورة جعل الثمن الأقل، وكون الزيادة من باب الاشتراط في مقابل الأجل، وكذا ظاهر الدروس، والفرق بينهما الثاني حكم بلزوم الصبر على البائع إلى آخر الأجل، بخلاف الأول حيث قال (فاذا صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر)[٤].

٧٢٥ ـ قوله ﷺ: (لأنّه في مقابل الزيادة ...الخ)[٥].

أقول: الأولى أنْ يقال لأنّ الشرط المذكور فاسد فلا وجه للزوم الأجل، ومن ذلك يظهر أنّه لا وجه للتوجيه الذي ذكره المصنّف ﷺ بقوله (إلا أنْ يقال: إنّ الزيادة ...الخ)؛ وذلك لأنّ الشرط إذا كان سقوط حق المطالبة في مقابل الزيادة فمع بطلانه لا يبقى الاسقاط، وبعبارة أخرىٰ معنى بطلان الشرط بطلان الاسقاط، فلا يمكن فساد المقابلة مع عدم فساد الاسقاط؛ إذ هو طرف المقابلة.

وأمّا مسألة حق القصاص بعبد الغير أو بحر فنمنع فيه أيضاً سقوطه، كيف؟ ومعنى صلح الحق اسقاطه بعوض، فاذا لم يكن العوض عوضاً كيف يتحقق الاسقاط؟!

نعم لو كان معناه نقل الحق إليه في مقابل العوض أمكن أنْ يقال إنّه يتضمن

---

(١) الرياض ٥: ١٣٢.
(٢) الحدائق الناضرة ١٩: ١٢٣.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٨.
(٤) مختلف الشيعة ٥: ١٢٥.
(٥) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٨.

اسقاط الحق، فمع بطلان الصلح أيضاً يتحقق الاسقاط، إذ يمكن أنْ يكون المعاملة الفاسدة انشاء فعلياً للاسقاط، كما يكون انشاء للفسخ أو الاجازة.

والحاصل أنّه إمّا أنْ يكون المقابلة بين الاسقاط والعوض الغير القابل للعوضية، وإمّا أنْ يكون بين غيره والعوض الكذائي، لكن نفس المقابلة يدل على الاسقاط، فعلى الأول لا معنى لفساد المقابلة وبقاء الاسقاط كما هو واضح، وعلى الثاني يمكن ذلك؛ لأنّ الاسقاط حينئذٍ يحصل بنفس انشاء المقابلة، سواء كانت صحيحة أو فاسدة، وما نحن فيه من قبيل الأول، ومسألة الاجازة والفسخ فيما إذا باع ما انتقل عنه أو ما انتقل إليه في البيع الخياري من قبيل الثاني؛ فلهذا يتحققان بالبيع الفاسد أيضاً، فتدبّر .

٧٢٦ ـ **قوله ﷺ: (ويمكن أيضاً حمل الرواية ...الخ)**[1].

أقول: كما استظهرناه من عبارتي المختلف والدروس.

٧٢٧ ـ **قوله ﷺ: (ولعل هذا مبني ...الخ)**[2].

أقول: يعني أنّه يمكن دفع التنافي بين حكمهم أولاً بالبطلان والفساد، وحكمهم ثانياً بوجوب الأقل في آخر الأجل بحمل كلامهم على صورة كون الزيادة بعنوان الشرط، وكون الثمن هو الأقل فقط، فيكون حاصل مرادهم من البطلان بطلان الشرط، لا بطلان أصل البيع.

قلت: ويمكن دفع التنافي بحمل كلامهم على صورة تلف المبيع، فيكون دفع الأقل من باب الغرامة، كما ذكره ابن الجنيد، فيكون منزلاً على الغالب من كون الثمن المعين نقداً، هو مقدار قيمة المبيع، وعلى هذا فلا منافاة بينه وبين بطلان البيع، بل لا يكون ذلك إلا مع فرض البطلان، وهذا الحمل أقرب من الأول كما لا يخفى.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٩.

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢٠٩.

٧٢٨ـ **قوله ﷺ: (فيقع الاشكال في نهوض ...الخ)**[١].

أقول: قد عرفت أنّه لا مانع منه بعد اعتبار الخبرين سنداً ووضوحهما دلالةً، فتدبّر.

٧٢٩ـ **قوله ﷺ: (غير واحد ممن تقدم ...الخ)**[٢].

أقول: كالمقنعة[٣] والنهاية[٤] والغنية[٥] وسلار[٦] وأبي الصلاح[٧].

٧٣٠ـ **قوله ﷺ: (وأجاب عنه بعد تسليم ...الخ)**[٨].

أقول: الأولى الفرق بامكانه استفادة الصحة في الاجارة من الخبرين اللذين أشرنا إليهما، وبآيه موسى ﷺ، وإلا فالجعالة أيضاً مثل الاجارة في اعتبار المعلومية، لاشتراك المستند، وهو النهي عن الغرر، وقد حكى في الجواهر[٩] في باب الاجارة عن المختلف الحكم ببطلان الفرض المذكور إذا كان بعنوان الجعالة أيضاً، وحكم بوجوب أجرة المثل على فرض العمل، فتدبّر.

❑ هل يجب القبول لو دفعه قبل الاجل

٧٣١ـ **قوله ﷺ: (ولو تبرع بدفعه لم يجب ...الخ)**[١٠].

أقول: التحقيق وجوب القبول إلا إذا فرض كون الشرط لكل منهما على الآخر، وإلا فالمتعارف من شرط الأجل ما هو للمشتري فقط، وإذا لم يرد الأخذ بحقه فله ذلك، ويجب على البائع القبول كما في صورة الحلول، أو كونه حالاً من الأول، وما

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢١٠.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢١٠.
(٣) المقنعة ٥٩٥.
(٤) النهاية ٣٨٧.
(٥) الغنية ٢٣٠.
(٦) المراسم ١٧٦.
(٧) الكافي في الفقه ٣٥٧.
(٨) كتاب المكاسب ٦: ٢١١.
(٩) جواهر الكلام ٢٧: ٢٣٧، ولكن عن القواعد.
(١٠) كتاب المكاسب ٦: ٢١٢.

ذكره التذكرة من كونه مستلزماً لتقليد المنة كما ترى، مع أنّه لازمه التفصيل بين ما يكون منّة وما لا يكون؛ إذ قد يكون المشتري ممنوناً للبائع في القبول، وما ذكره المصنّف ﷺ من كونه حقاً للبائع أيضاً قد عرفت ما فيه.

ثم إنّ الظاهر أنّ محل الكلام في غير ما إذا قال «بشرط أنْ تعطيني من الآن إلى شهر» فانّ في هذه الصورة لا ينبغي الاشكال في وجوب القبول، وكذا إذا قال «بشرط أنْ يجوز لك التأخير إلى شهر»، هذا.

وأمّا ما ذكروه من التمسك بالاجماع ففيه أنّه غير كاشف بعد معلومية المدرك وفساده، ولا يضر عدم ذكر التعليل إلا في كلام البعض؛ لكفاية معلومية مدرك البعض وفساده في عدم تحقق الاجماع، وعدم الكشف كما لا يخفى، بل قد يضر الاحتمال، فتدبّر.

٧٣٢ ـ قوله ﷺ: (ثم إنّه لو أسقط المشتري ...الخ)[١].

أقول: التحقيق في هذه المسألة أيضاً السقوط وصيرورته حالاً؛ لأنّه حق له فهو مسلّط على اسقاطه، والوجوه المذكورة لعدم السقوط عليلة كما سيتبين[٢].

٧٣٣ ـ قوله ﷺ: (قد ثبت التأجيل في العقد اللازم ...الخ)[٣].

أقول: إنْ كان مراده أنّه من قبيل الحكم فلا يقبل الاسقاط ففيه ما لا يخفى، مع أنّ لازمه عدم صحة الاقالة أيضاً، فتأمل.

وإنْ أراد أنّه مع كونه حقاً ليس له الاسقاط من جهة كونه في العقد اللازم ففيه ما ذكره المصنّف ﷺ.

٧٣٤ ـ قوله ﷺ: (أمّا لو نذر التأجيل ...الخ)[٤].

أقول: يعني لو نذر البائع ذلك، وإلا فنذر المشتري لا يثمر في اللزوم إلا إذا كان

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢١٣.
(٢) تعليقة ٥٥٩.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢١٣.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٢١٣.

باذن البائع.

٧٣٥ ـ قوله ﷺ:(ويمكن أنْ يقال: إنَّ مرجع ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ لازم هذاالوجه عدم صحة الاقالة أيضاً.

ثم أقول: رجوع شرط الأجل إلى إسقاط حق المطالبة ممنوع، بل حقيقته إحداث حق للمشتري كما هو واضح، مع أنَّ جواز المطالبة ليس من قبيل الحق حتى يجوز اسقاطه، بل هو حكم شرعي ومن شؤون الملكية، فانَّ من أحكام الملك السلطنة على أخذه إذا كان عند الغير، من غير فرق بين أنْ يكون عيناً أو ديناً.

٧٣٦ ـ قوله ﷺ: (فتأمل ...الخ)[٢].

أقول: الانصاف أنَّه وجه للتأمل، وأنَّ الحق متعدد قطعاً إنْ قلنا بكونه ثابتاً لهما، لا مخصوصاً بالمشتري.

٧٣٧ ـ قوله ﷺ: (وهذا لا دخل له بما ذكره ...الخ)[٣].

أقول: حيث إنَّ ظاهره كون العلة هو كونه صفة تابعة، لا يفرد بالاسقاط عن متبوعه، كما في وصف الصحة والجودة، فلا دخل له بما علله جامع المقاصد[٤] من كونه مشتركاً بينهما، فليس لأحدهما الانفراد بالاسقاط.

قلت: يمكن أنْ يقال: إنَّ مراد التذكرة أيضاً من قوله (لا تفرد بالاسقاط)[٥] أنَّه لا يجوز لأحد المتعاقدين إسقاطه منفرداً، لا أنَّه لا يفرد عن متبوعه، ويؤيده قوله (صفة واحدة) وإنْ كان قولة (تابعة) مؤيداً لاحتمال الآخر.

ثم إنَّ قياسه على وصف الجودة والصحة في غير محله؛ لأنَّ الوجه في عدم جواز اسقاطهما كونهما عنواناً في البيع، كما إذا باع الحنطة الجيدة مثلاً، وإلا فلو فرض كونهما شرطاً، بأنْ قال «بعتك هذه الحنطة بشرط كونها جيدة أو صحيحة»

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢١٤.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢١٥.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢١٥، في نسخة أشار إليه في الحاشية.
(٤) جامع المقاصد ٥: ٤١.
(٥) التذكرة ١٠: ٢٥٨.

فله إسقاط حق الشرط من الجودة أو الصحة، وإنْ شئت فقل إنَّ الأجل ليس وصفاً، بل هو شرط، بخلاف الوصفين المذكورين إذا لم يعتبرا في المبيع على وجه الشرطية، وإلا فحالهما حال الأجل في جواز الاسقاط، نعم الاسقاط يتعلق أولاً بحق الشرط، ويلزمه سقوط الوصفين بالتبع، فتدبّر.

❑ يجب قبول الثمن اذا كان حالاً

٧٣٨ ـ قوله ﴿ره﴾: (إذا كان الثمن ...الخ)[١].

أقول: هنا مقامات:

أحدها: لا اشكال في وجوب الدفع على المديون بعد الحلول مع المطالبة، بل لا معها أيضاً إذا لم يكن عدم المطالبة كاشفاً عن الرضا في التأخير حسبما عرفت سابقاً[٢].

الثاني: لا اشكال في عدم وجوب القبول على صاحب الدين مع الدفع إذا لم يكن موافقاً لحقه من حيث القدر أو الوصف أو الجنس، بل الظاهر ذلك إذا أراد التبعيض في الدفع، بأنْ يدفع بعضه الآن، وبعضه الآخر في وقت آخر، فانَّ له أنْ يمتنع من ذلك، ويقول اعطني الجميع دفعة، فتأمل، وكذا إذا كان له عذر في القبول من جهة اشتغالة بواجب ينافيه، بل وكذا إذا كان ذلك مستلزماً لضرر عليه بدناً أو مالاً إذا كان عدم القبول مستلزماً للضرر على الدافع، فانّه حينئذٍ يجب عليه القبول لتعارض الضررين، ويبقى ما دلَّ على وجوب القبول مع عدم العذر سليماً.

الثالث: لا اشكال في وجوب القبول عليه إذا كان موافقاً لحقه مع عدم العذر؛ لما أشار إليه المصنّف ﴿ره﴾ من أنَّ في امتناعه اضراراً وظلماً على المديون؛ ولفحوى قوله ﴿ص﴾ (الناس مسلطون على أموالهم)[٣].

بل يمكن أنْ يستدل عليه ـ كما يظهر من الجواهر[٤] في مثل ثمن البيع ونحوه

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢١٦.
(٢) تعليقة ٧١٣.
(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، رواية ٩٩.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ١١٦.

مما كان جائياً من قبل العقد ـ بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ بدعوى أنَّ معنى الوفاء وجوب الدفع ووجوب القبول، لكن فيه تأمل من حيث إنَّ الظاهر من الآية الوجوب الوضعي، لا التكليفي، وعلى فرضه فمقتضاه وجوب ترتيب آثار الملكية على كل من الطرفين، وأمَّا أنَّه يجب القبول فلا يستفاد إلا ما دلَّ على تسلّط الناس على أموالهم.

الرابع: إذا امتنع من القبول الواجب عليه أو غير الواجب أيضاً على بعض الوجوه فلو رضي الدافع بالصبر، وكونه في ذمته فله ذلك، وليس للحاكم مطالبته من باب كونه ولياً للممتنع بلا اشكال، بل بلا خلاف، إلا ما يمكن أنْ يستظهر من المحكي عن السرائر، وإنْ لم يرضَ بذلك فهنا وجوه:

أحدها: تعين العزل، وكون الضمان على صاحب الدين، وإنْ كان يمكن دفعه إلى الحاكم كما هو ظاهر الشرائع والنافع والشيخين وابن حمزة والديلمي والقاضي والتقي على ما حكي[1] عنهم؛ حيث اطلقوا كون الضمان عليه، ولم يخصوه بصورة تعذر الحاكم، ولعل الوجه فيه أنَّه مقتضى نفي الضرر؛ حيث إنَّ الموجب له هو اعتبار قبض الدائن في ملكيته، فمقتضى كونه مرفوعاً عدم اعتبار ذلك، وكفاية تعين من عليه الدين.

الثاني: تعين الدفع إلى الحاكم؛ لأنَّه بمنزلة المالك بعد عموم ولايته، فلا وجه للاكتفاء بمجرد تعيين الدافع، وهذا هو المحكي عن ظاهر المشهور.

الثالث: تعين الاجبار أولاً، فانْ لم يكن فالدفع إلى الحاكم، ومع تعذره فالعزل، وهذا الوجه مختار المصنّف ﷺ وجماعة.

الرابع: التخيير بين الوجوه.

الخامس: تعين الاجبار أولاً، ومع عدم امكانه فالتخيير بين العزل والدفع إلى الحاكم.

والتحقيق أنْ يقال: إنَّ أمكن إلقاؤه إليه أو وضعه عنده جاز ذلك، وخرج بمجرده

---

(١) حكاه عنهم جواهر الكلام ٢٣: ١١٧.

عن العهدة؛ لأنّ تعيين الكلي بيد الدافع، غاية الأمر أنّه يعتبر في تملّك المدفوع إليه قبضه، ويصدق ذلك بمجرد الالقاء إليه، وإنْ أبيت عن صدق القبض فنقول إنّ الحكم ليس معلّقاً عليه، بل على عنوان الاداء والرد والوفاء ونحو ذلك، وهذه العناوين صادقة بمجرد ذلك، ألا ترىٰ أنّه يكفي ذلك في رد المغصوب أو العارية أو الوديعة أو نحوها إذا كان الملقى إليه ملتفتاً لذلك.

وإنْ لم يمكن ذلك وجب أولاً الاجبار؛ لأنّه إذا لم يمكن القبض مع الرضا لا يجوز رفع اليد عن أصل القبض، بل مقتضى القاعدة سقوط الرضا الذي هو الشرط في تأثيره في الملكية، لا أصله، والظاهر أنّه لا يعتبر كون الاجبار من الحاكم، بل يجوز من المؤمنين ولو كانوا فساقاً مع وجود الحاكم أيضاً، بل يجوز للدافع أيضاً إجباره من قبل نفسه؛ وذلك لأنّ هذا من باب الأمر بالمعروف، لا من باب الولاية حتى يتوقف على الحاكم.

وإنْ لم يمكن الاجبار تعين قبض الحاكم، بمعنى أنّه لا يكفي العزل؛ لأنّ قبضه قبض المالك؛ حيث إنّه ولي الممتنع فلا وجه لسقوطه، والاكتفاء بمجرد العزل، ومع عدمه يجوز العزل، ولا يقوم قبض عدول المؤمنين مقامه؛ لعدم الدليل على عموم ولايتهم، فانّ ولايتهم إنّما هي من باب الحسبة، فيختص بمقام الضرورة، هذا.

والتحقيق أنّه بالعزل يصير ملكاً لصاحب الدين، لا أنْ يكون باقياً على ملك المديون، ويكون الضمان عليه، فانّ مقتضى نفي الضرر سقوط اعتبار قبضه في تملّكه، وكفاية مجرد تعيين الدافع، فنماؤه ليس للمديون، ولا يجوز له أنْ يتصرف فيه.

نعم يمكن أنْ يقال: له أنْ يسترجعه إلى ملكه ليرجع المال إلى الذمة؛ لأنّه إذا رضي بذلك، والمفروض أنّ الدائن أيضاً راضٍ بذلك، فيكون من باب الاقالة في الوفاء، فتأمل.

الخامس: إذا عزله فهل يجب حفظه، الظاهر العدم لاستلزامه الضرر عليه، لكن

يشكل بأنَّ لازمه جواز طرحه في الطريق؛ إذ إحرازه في بيته أيضاً نوع حفظ، ولا بأس بالتزامه إذا أعلمه بذلك، بأنْ يقول إنْ أخذت وإلا طرحته في الطريق، وهكذا حال الامانات الشرعية والمالكيه بعد امتناع المالك من أخذها حين عرضها عليه أو اعلامه بالحال.

٧٣٩ ـ **قوله**ﷺ: **(والناس مسلطون** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنَّه مستفاد من فحوى قولهﷺ (الناس مسلطون على أموالهم) وإلا فليس مورداً للنص.

٧٤٠ ـ **قوله**ﷺ: **(بأنَّ مشروعية قبض** ...الخ)[٢].

أقول: لا ينحصر مشروعية قبض الحاكم دفعاً للظلم والاحراز، فانَّه يجري فيما لو لم يكن كذلك أيضاً، كما إذا كان المالك مجهولاً أو غائباً أو نحو ذلك، فالأولى الاقتصار على قوله (ليس بدلاً اختيارياً ...الخ)، أو الجواب بأنَّ صدق الظلم والاحراز متحقق ولو مع امكان الدفع إلى الحاكم.

٧٤١ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو قلنا إنَّه** ...الخ)[٣].

أقول: ليس المدار على صدق الامتناع على الامتناع عن اختيار، بل المدار وجود عموم مثبت للولاية حتى في هذه الصورة، إلا أنْ يقال: إنَّ هذه العبارة ـ أعني قولهم «السلطان ولي الممتنع» ـ مورد الاجماع ومعقده، وهو كما ترىٰ.

٧٤٢ ـ **قوله**ﷺ: **(والمحكي عن اطلاق** ...الخ)[٤].

أقول: كالشيخين والمحقق وغيرهم ممن عرفت، فانَّهم حكموا بأنَّه لو هلك المال يكون الضمان على صاحب الدين، ولم يقيدوا ذلك بما إذا لم يمكن قبض الحاكم.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢١٦.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢١٦.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢١٧.
(٤) كتاب المكاسب ٦: ٢١٧.

٧٤٣ ـ قوله ﷺ: (وعن السرائر وجوب القبض ...الخ)[1].

أقول: يعني أنَّه يظهر منه وجوب القبض عليه ولو لم يسأله؛ حيث إنَّه أطلق ذلك، ولو حمل كلامه على صورة سؤاله يرجع قوله إلى ما حكاه عن جامع المقاصد من جواز قبض الحاكم ولو مع امكان الاجبار.

٧٤٤ ـ قوله ﷺ: (لأنَّه من المعروف الذي ...الخ)[2].

أقول: لازم هذا كما أشرنا إليه عدم اختصاص الاجبار بالحاكم ولو مع وجوده وامكان الرجوع إليه، بل جواز إجبار المديون أيضاً، فلا وجه لتخصيصه ذلك بالحاكم حين امكانه؛ حيث قال (ومقتضى القاعدة إجبار الحاكم له على القبض).

٧٤٥ ـ قوله ﷺ: (ولكن لم يخرج ...الخ)[3].

أقول: التحقيق ما عرفت من صيرورته ملكاً لصاحب الدين بالعزل؛ وذلك لما عرفت من أنَّ تعيين الحق بيد المديون، غايته أنَّه يعتبر في ملكيته قبضه مع رضاه، وإذا امتنع من ذلك فاعتبار هذا المجموع موجب للضرر على المديون، ولا بدَّ من رفع هذا الضرر برفع الحكم الشرعي الموجب له، ومقتضاه في المقام رفع اعتبار أصل قبضه؛ لأنَّ المفروض عدم امكان الاجبار وعدم امكان قبض الحاكم، وإذا سقط اعتباره فيحصل الملكية بمجرد العزل، ورفع هذا الضرر وإنْ أمكن بايجاب الضمان إلا أنك قد عرفت في خيار الغبن[4] أنَّ مقتضى القاعدة نفي الحكم الموجب للضرر، لا رفعه بأي وجه اتفق، فانَّ الموجب للضرر قد يكون حكماً معيناً، لكن يمكن رفعه بانحاء عديدة، فانَّ في خيار الغبن الموجب للضرر هو حكم الشارع بلزوم المعاملة، إلّا أنَّ رفع هذا الضرر يمكن بالحكم ببطلان البيع من الأصل، أو بانفساخه من حين الاطلاع على الغبن، أو بايجاب الأرش من مال البائع، أو من بيت المال، ومقتضى حديث نفي الضرر نفي اللزوم، وكذلك الحال

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢١٧.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢١٨.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢١٨.
(٤) ج ٢، تعليقة ٧٢٨.

في المقام.

ومما بيّنا يتفطن اللبيب أنَّ الدليل على كل من الأحكام الثلاثة التي ذكرناها على الترتيب، من وجوب الاجبار أولاً، وقبض الحاكم ثانياً، والعزل ثالثاً، هو قاعدة الضرر، وإنَّ مفادها يختلف بحسب المقامات، فانَّ في صورة امكان الاجبار يتعين كون الساقط هو اشتراط القبض المعتبر في ملكية صاحب الدين بالرضا، لا أصل القبض، ولا اعتبار كونه بمباشرته، فانَّه هو الموجب للضرر، وفي صوره عدم امكان ذلك يتعين كون الساقط اعتبار مباشرته للقبض، ولازمه كفاية قبض وليه، وهو الحاكم، وفي صورة عدم امكان ذلك أيضاً يتعين كون الساقط أصل اعتبار القبض، فيكتفي بمجرد عزل المديون.

والسر فيما ذكرنا أنَّ قاعدة الضرر نظير الضرورات التي تتقدر بقدرها، ومثلها في ذلك قاعدة الحرج، فاذا فرض عدم امكان مسح البشرة أو كونه حرجاً في باب الوضوء مع المباشرة فانْ أمكن المسح بالرطوبة على الحائل تعين، ولا يسقط أصل المسح، ولا اعتبار الرطوبة، وإنْ لم يمكن ذلك أو كان حرجاً، ولكن أمكنه المسح على البشرة أو الحائل بلا رطوبة تعين، وإنْ لم يمكن ذلك أيضاً سقط أصل المسح، ويبقى وجوب البقية، ولا يحكم بسقوط أصل الوضوء، فافهم واغتنم.

٧٤٦ـ **قوله**ﷺ:**(ويمكن أنْ يقال** ...الخ)[1].

أقول: لا يخفى أنَّ هذا لا ينطبق على شيء من القواعد، بل لا يمكن الالتزام به فضلاً عن أنْ يكون مما يتفصى به عن الاشكال المذكور الذي التزامه أهون من هذا بمراتب؛ وذلك لأنَّ ما ذكره مستلزم لخروج مال الدائن عن ملكه بلا سبب شرعي، فانَّ الكلي الذي كان مملوكاً له في ذمة المديون قد خرج عن الذمة، ولم يتعين في المعزول، ولازمه ما ذكرنا، فانَّه حينئذٍ لا يبقى للدائن مال فلا يمكنه بيع دينه أو الصلح عنه أو غير ذلك من انحاء التصرف في الملك، غاية الأمر ثبوت حق له في المعزول، مع أنَّ هذا أيضاً على خلاف القاعدة، فلا يحسن العدول عن مخالفة

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢١٨.

قاعدة إلى أخرىٰ بلا جهة.

وبالجملة لا بدَّ من التزام مخالفة للقاعدة، ويدور الأمر بين أمور:

أحدها: صيرورة المعزول ملكاً للدائن بلا تحقق قبض منه.

الثاني: كونه ملكاً للمديون مع كون ضمانه على الدائن.

الثالث: كونه ملكاً للمديون إلى حين التلف وانتقاله إلى الدائن قبله بآنٍ ما.

الرابع: خروج الكلي عن الذمة، وتعلق حق بالمعزول.

فنقول: إنْ أغمضنا عن كون المتعين هو الأول فلا وجه لترجيح أحد الأخيرين، خصوصاً الثاني منهما.

ثم إنَّ لازم تعلق الحق بالمعزول أيضاً عدم جواز تصرف المديون فيه بعد ذلك؛ إذ الحق مانع عن ذلك.

ودعوى: أنَّ التصرف لا يعدُّ منافياً للحق حتى يكون ممنوعاً؛ لأنَّ المفروض أنَّه موجب للعود إلى الذمة.

مدفوعة: بأنَّ مجرد هذا لا يسوغ التصرف، مع أنَّه إنَّما يتم في التصرف بالاتلاف، لا كل تصرف.

إلا أنْ يقال: إنَّ مطلق التصرف مستلزم للعود إلى الذمة، وفيه: أنَّه لا وجه له.

٧٤٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وبين ما إذا أتاه وطرحه ...الخ)**[١].

أقول: قد عرفت أنَّه لو أمكن ذلك لا ينبغي الاشكال في جواز الاكتفاء به، وأنَّه يخرج به عن العهدة.

بل أقول: يمكن أنْ يقال لا يجوز الاجبار، ولا يكفي قبض الحاكم مع امكان ذلك؛ إذ معه يصدق الاداء والرد، ويؤيد ما ذكرنا ما ذكروه من دس المال في مال صاحب الدين إذا كان منكراً له، وقد علم به المديون، فتدبّر.

ثم إنَّ هذا لا يعدُّ تفصيلاً؛ إذ مع طرحه عنده لا يبقى موضوع لوجوب الحفظ حتى يبحث عن وجوبه وعدمه، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢١٩.

٧٤٨ ـ **قوله ﷺ: (فاذا أخذ جزء خارجياً ...الخ)**[1].

أقول: وكذا لو غصب النصف المشاع بنية كونه النصف المملوك للشريك، فانّه لا يتعين كونه له، فيكون النصف الآخر لهما، والمغصوب عليهما، ولذا قلنا فيما لو أقرّ أحد الأخوين بثالث وأنكره الآخر، وأخذ نصف التركة مفروزاً أو مشاعاً أنّ مقتضى القاعدة كون النصف الآخر بين المقر والمقر له؛ إذ هما سواء في ورود الضرر عليهما بانكار الآخر أخوة الثالث، وأنّ النصوص الدالة على أنّ المقر إنّما يعطي الزائد من نصيبه مما بيده على خلاف القاعدة.

٧٤٩ ـ **قوله ﷺ: (وإلا فلا ترجيح ...الخ)**[2].

أقول: ودعوى: أنّ الضرر متوجه إلى الشريك أولاً وبالذات بمقتضى إرادة الظالم، فيكون من باب تحمّل الضرر لدفع الضرر عن الغير، وقد بُيّن في محله عدم وجوب ذلك.

مدفوعة: بمنع كون المقام من هذا القبيل، وعلى فرض التسليم نمنع الكبرى، وإنْ كانت مقبولة عند المصنّف ﷺ على ما بيّنه في غير موضع، نعم القدر المسلم من ذلك ما إذا كان عنده مال معين للغير، وأراد الظالم أخذه وأمكنه إبداله بمال نفسه أو إرضاء الظالم باعطاء مقدار من ماله، فانّه لا يجب عليه ذلك، لا مثل المقام الذي يكون الضرر متوجهاً إليهما معاً، غاية الأمر أنّ قصد الظالم أخذ خصوص حصة الشريك، فانّه لا ينفع بعد كون العين التي يريد أخذها مشتركة من حيث هي.

❑ عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد

٧٥٠ ـ **قوله ﷺ: (في عدم جواز تأجيل الثمن ...الخ)**[3].

أقول: وكذا تأجيل غير الحال بأزيد من الأجل الذي يكون له بزيادة، والظاهر أنّه

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٢٠.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٢٢٠.
(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢٢١.

لا فرق بين جعل الزائد في مقابل الأجل، أو جعل مجموع المؤجل في مقابل المجموع الحال؛ بحيث يكون المعاوضة بين الثمن ومجموع ما جعل مؤجلاً، وكذا لا فرق بين أنْ يكون ذلك بعنوان الشرط الابتدائي، أو بالشرط في ضمن معاملة أخرىٰ لازمة، أو كان بمجرد المقاولة عليها من غير عقد كما سيصرح به المصنّف ﷺ، بل وكذا إذا صالح عن الزيادة بالأجل، أو صالح المجموع بالمجموع، بل الظاهر أنّه لو باع دينه الحال بأزيد منه مؤجلاً كان رباً، وإنْ لم يكن من الجنس بالربوي، فتأمل، هذا.

ولو أخر دفع الثمن الحال أو بعد حلوله لعذر أو غيره فكذلك لا يجوز أخذ عوض في مقابله، أمّا لو دفعه المديون مجاناً، وكان غرضه من ذلك تدارك ما جاء من قبل تأخيره فلا بأس إذا كان بطيب نفسه.

٧٥١ ـ **قوله ﷺ: (ويدل عليه بعض الاخبار ...الخ)**[١].

أقول: كموثق ابن عمار (قلت: للرضا ﷺ الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤ تساوي مائة درهم بألف درهم، ويؤخر عليه المال إلى وقت؟ قال ﷺ: لا بأس، قد أمرني أبي ففعلت ذلك، وزعم أنّه سأل أبا الحسن عنها فقال ﷺ له: مثل ذلك)[٢].

وموثقه الآخر (قلت لأبي الحسن ﷺ: يكون لي على الرجل دراهم، فيقول أخرني وأنا أربحك، فأبيعه جبة تقوّم عليَّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم، أو قال بعشرين وأخّره بالمال؟ قال ﷺ: لا بأس)[٣].

ومضمر عبدالملك بن عتبة (سألته عن الرجل يريد أنْ أعينه المال ويكون لي عليه مال قبل ذلك، فيطلب مني مالاً أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم أنْ أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم؟ قال ﷺ: لا بأس)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٦:٢٢٣.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب احكام العقود، ح ٦.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب احكام العقود، ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب احكام العقود، ح ٥.

٧٥٢ ـ قوله ﷺ: (بعض الأخبار الواردة ...الخ)[١].

أقول: هو خبر اسحاق ابن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن الرجل يكون له مع الرجل مال قرضاً، فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أنْ يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أنْ يكون شرط عليه؟ قال عليه السلام: لا بأس)[٢].

٧٥٣ ـ قوله ﷺ: (وظهر أيضاً أنّه يجوز المعاوضة ...الخ)[٣].

أقول: يعني ظهر من الأخبار التي أشار إليها ونحن ذكرناها آنفاً[٤]، والظاهر عدم الخلاف في جواز ذلك؛ إذ لا معارض للأخبار المذكورة إلا خبر الشيباني (قلت: لأبي عبدالله الرجل يبيع المبيع، والبائع يعلم أنّه لا يسوى، والمشتري يعلم أنّه لا يسوى، إلا أنّه يعلم أنّه سيرجع فيه ويشتريه منه؟ فقال عليه السلام: يا يونس إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: لجابر بن عبدالله ...إلى أنْ قال: يا يونس وهذا الربا، فانّ لم تشتره منه رده عليك. قال فقلت: نعم. قال فقال: لا تقربنه ولا تقربنه)[٥]، وهو غير قابل للمعارضة من وجوه، مع احتمال حمله على التقية أو الكراهة، فتدبّر.

في شهر صفر المظفر سنة ١٣١٧

تمّ بحمد الله

---

(١) كتاب المكاسب ٦: ٢٢٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب الدين والقرض، ح ٣.

(٣) كتاب المكاسب ٦: ٢٢٣.

(٤) تعليقة ٧٥١.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ٥.

المحتويات

بحمد الله